

FILDELING I ET OPPHAVSRETTLIG PERSPEKTIV

- SÆRLIG OM BRUKERENS RETTSTILLING

Kandidatnummer: 700

Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 15113 ord

22.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	2
1.2	Avgrensning	3
<u>2</u>	<u>EN TEKNISK FREMSTILLING AV FILDELINGSPROSESSEN</u>	<u>4</u>
2.1	Hva er fildeling?	4
2.1.1	Napster	5
2.1.2	Gnutella	6
2.1.3	BitTorrent	6
2.2	Fildeling / filutveksling/filkopiering	9
2.3	Ulike aspekter av fildeling, begrepsforklaring	10
<u>3</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>12</u>
3.1	Folkerettslige avtaler	12
3.1.1	Bern-konvensjonen	12
3.1.2	Verdenskonvensjonen	14
3.1.3	EØS	14
3.2	Nasjonal lovgivning	15
3.3	Rettspraksis	20
3.3.1	Rt. 2005 s. 41 Napster.no	20
3.3.2	RG 2005 s. 1627 "Direct Connect"	21
3.3.3	TFRED-2006-177576 "Pitbullterje"	22
3.3.4	TJARE-2007-6676	23
<u>4</u>	<u>GJELDENE RETT VED ULIKE ASPEKTER AV FILDELING I ET NETTVERK</u>	<u>24</u>

4.1	Fildeling i et nettverk – opplasting	25
4.1.1	Når er spredningshandlingen å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten?	25
4.2	Fildeling i et nettverk – nedlasting	31
4.3	Rettslige sanksjoner	35
4.3.1	Straff	35
4.3.2	Inndragning	39
4.3.3	Erstatning	40
<u>5</u>	<u>VEIEN VIDERE – RETTSPOLITISKE SYNSPUNKTER</u>	<u>47</u>
5.1	Er underholdningsindustrien virkelig truet av ulovlig fildeling?	47
5.2	DRM som virkemiddel mot ulovlig fildeling	49
5.3	Brukernes rettsoppfatning	51
5.4	Nå skjer det noe?	55
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>

1 INNLEDNING

Den rettslige vurderingen av et åndsverk tar gjerne utgangspunkt i verkets ytre manifestasjon.¹ Dette er kun et utgangspunkt, for et åndsverk er noe mer en det enkelte eksemplar av det.²

Både nasjonal lovgiving og internasjonale konvensjoner på opphavsrettsområdet har tradisjonelt søkt å balansere opphavsmannen behov for vern mot samfunnets og den enkeltes behov for å kunne nytte seg av åndsverk uten å måtte innhente opphavsmannen samtykke til dette.

Rettighetshaver har som det senere fremgår, som utgangspunkt enerett til tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling av åndsverket. Utgangspunktet for denne avhandlingen er således at en hver krenkelse av rettighetshavers enerett som ikke har hjemmel i lov eller avtale kan medføre rettslige sanksjoner.

Den teknologiske utviklingen vil tilsynelatende ingen ende ta. Gjennom denne avhandlingen vil brukerens rettstilling ved bruk av internettbaserte fildelingsprogram etter gjeldende norsk rett, forsøkes klarlagt.

¹ Se Ole Andreas Rognstad i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, Fragmenter til en lærebok i opphavsrett, Del II pkt. 6.1

² Eksempelvis: dersom en stjeler en sykkel, så stjeler man sykkelen som et fysisk objekt, med det resultat at eieren ikke lenger har fysisk rådighet over sykkelen. Kopierer man et åndsverk uten hjemmel i lov eller avtale så "stjeler" man et eksemplar av åndsverkets innhold. Slik "piratkopiering" krenker som det senere redegjøres for, rettighetshaverens enerett til å fremstille eksemplarer av verket.

1.1 Tema og problemstilling

Informasjonsmaterialet, verket som tidligere befant seg på vinyl, magnetbånd og papir er i dag tilgjengelig digitalt, eller lar seg ved bruk av enkle midler digitaliseres.³ Dette medfører at dersom en bruker har skaffet seg et eksemplar av verket, kan han enkelt spre dette til en stor gruppe personer uten tap av kvalitet undervis.⁴ En tenkelig følge av dette er at underholdningsindustrien tilsynelatende lider et økonomisk tap i form av tapt omsetning. Debatten rundt fildelingsproblematikken var tidligere stort sett avgrenset til fildeling av musikk. Økt båndbredde⁵ og bruk av fildelingsprogrammer som effektivt kan dele stor filer i nettverk, har medført at ulovlig spredning av film har blitt et voksende samfunnsproblem.⁶

Den teknologiske utviklingen har gjennom utviklingen av fildelingsverktøy, skapt en interessekonflikt mellom rettighetshaveren til verket og brukerne av verket. For at en fil skal kunne lastes ned, må den først lastes opp. Opphavsrettslig oppstår det i denne sammenheng et spørsmål om hvorvidt en opplasting til et fildelingsnettverk blir å anse som en krenkelse av rettighetshavers enerett til å gjøre det beskyttede materiale tilgjengelig for allmennheten.

Det daglige nyhetsbildet inneholder jevnlig artikler og oppslag om fildeling, avhandlingens tema anses derfor å være høyest aktuelt. Media har i fremstillingen av fildelingsdebatten en tendens til å gi inntrykk av at mange internettbrukere har en oppfatning av at ”cyberspace” er nærmest anarkistisk.

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen blir således å gjøre rede for når og hvilke rettslige sanksjoner bruken av internettbaserte fildelingsprogram kan medføre for brukeren, i tilfeller hvor rettighetshavers lovbestemte enerett krenkes, utenfor kontraktsforhold.⁷

³ Wikipedia: ”Digital informasjon er informasjon basert på det binære tallsystemet, 0 og 1

⁴ I de fleste fildelingstilfellene, er filformatet før deling blitt endret. Dette for å effektivisere fildelingen. Dette kan også medføre endringer i kvalitet.

⁵ Nøkkeltall 2007 SSB, 82 % av husholdningene har pc og 67 % av dem har Internett-tilgang via bredbånd

⁶ Se påtalemyndighetens uttalelse om dette i LB – 2007-69411

Underliggende problemstilling som særlig drøftes er i hvilke tilfeller, fildelingen medfører at materiale må anses som tilgjengeliggjort for allmennheten i opphavsrettlig forstand.

1.2 Avgrensning

Det har tidligere vært skrevet fremstillinger om hvordan fildeling er teknisk mulig, herunder analyser av kjente fildelingsprogrammer som Napster og Bit-torrent. I denne oppgaven som er ment å klarlegge brukerens rettstilling ved bruk av fildelingsprogrammer behandles ikke programvaren og hvordan det i detalj utveksles filer i et nettverk, men eventuelle følger som bruken av fildelingsverktøy kan få. En innføring om hvordan det er mulig å dele filer fremstår likevel som nødvendig for forståelsen av avhandlingens problemstilling. I denne avhandlingen forutsettes det at åndsverkene som fildeles, fildeles i sin helhet. Underliggende problemstillinger knyttet til ”delvis fildeling” av åndsverk behandles således ikke.⁸

Et tilbakevendende tema innenfor opphavsretten er rettighetshavernes adgang til - og praktiske mulighet for - å få erstatning ved krenkelse av opphavsrettighetene.⁹ I denne sammenheng er det som oftest erstatningsberegningen som blir viet mest oppmerksomhet. Rettslige spørsmål knyttet til innhenting av bevismateriale, herunder rettslige problemstillinger knyttet til fildelerens personvern behandles ikke av hensyn til avhandlingens begrensede omfang.

Det pågår for tiden en diskusjon både på nasjonalt plan og på EU-nivå om hvorvidt internettleverandørene, såkalte ”ISP-er”, skal pålegges ansvar for å kontrollere eller eventuelt stenge kundens tilgang til nettet, dersom det mistenkes å foreligge krenkelse av

⁷ Hovedproblemstillingen reiser en rekke underliggende problemstillinger, av hensyn til avhandlingens omfang er det på noen punkter kun foretatt henvisning til utfyllende litteratur.

⁸ Uttrykket delvis fildeling, er her ment å omfatte tilfellene av deling av ufullstendige verk og teknisk eller bruker avbrutt delingsprosess.

⁹ Se Ole Andreas Rognstad og Are Stenvik, Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, s. 511

opphavsretten.¹⁰ Denne avhandlingen behandler brukerens rettstilling og internettleverandørens mulige ansvar faller således utenfor avhandlingens problemstilling. En eventuell nedstenging av brukerens tilgang til Internett grunnet mistanke om krenkelse av gjeldende opphavsrett sees på som et kontraktsrettslig forhold mellom leverandør og kunde og behandles således ikke.

Ved bruk av internettbaserte fildelingsverktøy er det mulig å spre/utveksle digitaliserte utgaver av alle typer verk, både innenfor og på tvers av landegrensene. Dette kan medføre problemstillinger knyttet til lovvalg. I den videre fremstilling forutsettes det at gjeldende norsk lov kommer til anvendelse.

2 En teknisk fremstilling av fildelingsprosessen

2.1 Hva er fildeling?

Uttrykket fildeling; brukes i dagligtalen om utveksling av filer via Internett, enten gjennom en server eller direkte mellom brukerne. Det mest populære nå til dags er deling ”direkte” mellom brukerne, såkalt P2P- teknologi. Dette fildelingsverktøyet er et dataprogram som gjør en nærmere bestemt del av brukerens lagringsmedium søkbar for andre brukere av nettverket. Selve utvekslingen av filer skjer direkte mellom brukerne. En normal språklig forståelse av begrepet ”fildeling,” henspiller på at det er en deling av filmaterialet som finner sted. Begrepet er således noe upressist, ettersom det i praksis er snakk om en ren ”anonym kopieringsprosess”.¹¹

¹⁰ Se artikkel: Nettleverandørene uønsket som trafikkpoliti,

¹¹ Med anonym kopieringsprosses menes det her, at kopieringen finner sted etter på forespørsel fra en som ønsker et bestemt filmateriale som han selv ikke har eller vet hvem som har. Se Jon Bing, Ansvar for ytringer på nett – særlig om formidlerens ansvar s. 241

2.1.1 Napster

De første fildelingssystemene ble utviklet i universitetsmiljøene. Systemene ble utviklet for å finne en enkel og rask måte å utveksle filer på. Gjennom en opplastning av filen til en eller flere servere, ble filen gjort nedlastbar for brukerne av systemet. Det ble raskt oppdaget at ”oppfinnelsen” også var egnet til å spre/utveksle materiale underlagt opphavsrettslig vern.

Det første store fildelingsnettverket, det amerikanske Napster var tuftet på et lignende System.¹² Medlemskap i nettverket forutsatte at brukerne lastet ned et dataprogram. Ved pålogging på systemet via dataprogrammet ble filene i en definert mappe på brukerens maskiner tilgjengeliggjort for andre påloggede brukere. I dette programmet kunne man sende en forespørsel om et bestemt filmateriale til serveren som igjen ga en oversikt over hvem som besatt det ønskede filmaterialet. Selve nedlastningen foregikk direkte mellom brukerne.¹³

Det amerikanske programmet ble etter lanseringen i 1999 svært populært og spredde seg raskt til brukere over hele verden. Platebransjen oppfattet ganske raskt nettverket som en trussel for deres næringsinteresser. Platebransjens interesseorganisasjon tok derfor ut søksmål og anførte at Napster hadde et juridisk ansvar for at rettighetenes deres ble krenket. Retten kom til at Napster grunnet sin sentrale rolle i fildelingsprosessen hadde et ansvar for at brukerne av nettverket ikke krenket opphavsretten.¹⁴ Resultat ble at fildelingsnettverket ble stengt ned. Nettverket var enkelt å stenge ettersom det i praksis var snakk om å stenge ned, et nærmere bestemt antall sentrale filservere.

¹² Napster var kallenavnet, ”nick’et,” til Shawn Fanning, programmereren og hovedmannen bak fildelingsnettverket, se Jon Bing, Ansvar for ytringer på nett – særlig om formidlerens ansvar s. 242.

¹³ For figurfremstilling av de ulike generasjoner av fildelingsnettverk, se Jon Bing, Ansvar for ytringer på nett – særlig om formidlerens ansvar s. 242 flg.

¹⁴ A&M Records, Inc. V. Napster, Inc, 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001), se: http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm

2.1.2 Gnutella

2. generasjon fildelingsnettverk fremstilles her ved det kjente nettverket; Gnutella.¹⁵ Det som felte Napster-nettverket, var nettverkets avhengighet til en sentral filserver. 2. generasjons fildelingsnettverk fungerer uten en sentral filserver. Den enkelte brukerenhet vil i et slikt nettverk fungere både som filserver og klient for kretsen. Denne måten å ”dele” filer på er derfor å anse som en ekte P2P-løsning. Nedstegning av et slikt nettverk er i praksis, nærmest umulig.

Når brukeren av et Gnutella program sender ut en forespørsel om et bestemt filmmateriale til brukerkretsen vil forespørselen ved mangel på treff, sendes videre til neste brukerkrets. Denne videresendingen av forespørselen vil skje inntil alle brukerkretser i nettverket er gjennom søkt.

Kjente programmer som bruker denne teknologien er Limewire, Kazaa, Winmx, Imesh, Bearshare m.v.¹⁶

2.1.3 BitTorrent

I den senere tid er bruken av ”torrent” blitt den mest populære formen for fildeling. Teknologien bak 3. generasjon fildelingsnettverk er ikke ny, men populariteten har gradvis økt ettersom brukerne er blitt mer fortrolig med bruken av den. Økt båndbredde på brukersiden har lagt til rette for at fildeling av stort et kildemateriale er praktisk gjennomførbart. Til eksempel er filstørrelsen på et ”ordinært musikkstykke”, en låt, i mp3-format vanligvis på 4 til 10 Mb, en film i dvd-format blir vanligvis fildelt med en filstørrelse på hele 4,7 Gb.

¹⁵ Gnutella ble utviklet av Justin Frankel og Tom Pepper, se Jon Bing, Ansvar for ytringer på nett – særlig om formidlerens ansvar s. 245

¹⁶ For en utfyllende liste over fildelingsprogram, se: <http://www.norgesiden.no/p2p.html>

Bak denne løsningen, Bit-Torrent-protokollen, står amerikaneren Bram Cohen.¹⁷ Løsningen ble skapt for å kommunisere store filer i et nett. Cohen hevder selv; at han aldri hadde piratkopiering i tankene da han lagde løsningen som nå er blitt piratenes favorittverktøy.¹⁸

Dersom en kommer over en fil med "etternavnet" ".torrent" er dette materiale som deles ved hjelp av BitTorrent-teknologi. Opplaster har gjennom et egnet dataprogram fått laget denne "torrent-filen", en liten fil med metadata om filmaterialet og om "trackeren." For å laste ned filmaterialet trengs en "torrent-klient."¹⁹ Nedlastningen av det ønskede filmaterialet, startes ved å åpne torrent-filen i en slik klient.

Klienten laster ned biter av filen fra andre brukere som laster ned samme filmateriale, samtidig som klienten foretar en opplasting fra bruker til andre nedlastere. På denne måten trenger ikke alle å laste ned fra den,²⁰ eller de som har filen i utgangspunktet. Nedlastingen administreres av en "tracker" som til en hver tid forteller hvem av brukerne som har hva av filen, for så å sette opp kontakten mellom disse.²¹

"Trackeren" er i de senere nettevverkene blitt desentralisert for å vanskeliggjøre et eventuelt forsøk på nedstengning. Brukerne som i en gruppe samarbeider om å laste ned samme filmateriale, kalles en "swarm."

Det er kun kommunikasjonen som skjer gjennom denne "tracker'en," all utveksling av filmateriale skjer direkte mellom brukerne. Når nedlastingen er fullført setter "torrent-klienten" sammen alle de nedlastede bitene, og gjenskaper innholdet i sin helhet.²² Denne teknologien fungerer således mest effektivt ved et stort antall brukere. Kjente program som

¹⁷ Se Jon Bing, Ansvar for ytringer på nett – særlig om formidlerens ansvar s. 246 flg.

¹⁸ Se artikkel: BitTorrent: Piratenes yndlingsverktøy

¹⁹ På Internett finnes det mange slike klienter/dataprogram som en gratis kan laste ned.

²⁰ Også kalt; seeder/seedere

²¹ Se Pouwelse, J.A, P. Garbacki, DHJ Epema og H.J. Sips, The BitTorrent P2P file-sharing System: Measurements and Analysis s. 1

²² Se, BitTorrent: <http://no.wikipedia.org/wiki/BitTorrent>

brukes til å administrere nedlastninger ved bruk av "torrent-teknologi" er BitTorrent, Azureus, Bitcomet m.v.

Brukeren som vil dele en fil gjør denne tilgjengelig ved å opplaste en "torrent-fil" til en server/nettsted. Gjennom dette nettstedet, blir "torenn-filen" søkbar for brukerne. Det opphavsrettslige beskyttede materialet befinner seg således kun på brukernes medium. I motsetning til tidligere fildelingsløsninger kan kildematerialet, de delte filene, befinne seg på vanlige nettsider, IRC²³, i e-poster etc. og ikke bare i dedikerte nettverk. De to store fordelene ved bruk av denne teknologien er for det første at serveren hvor den opprinnelige filen befinner seg er blitt spart for mye trafikk. Og for det andre, at alle som har lastet ned filen har aktivt bidratt til videre distribusjon, uten at dette har vært særlig merkbart for den enkelte nedlaster.

Det mest kjente "torrent-nettstedet" er The Pirat Bay, med 2.682.515 registrerte brukere.²⁴ På dette nettstedet kan du søke etter ønsket kildefil, ved treff vises det en eller flere nedlastbare "torrenter." Det populære nettstedet som ble etablert i 2004 er forsøkt stengt ned en rekke ganger, men tilsynelatende uten hell. En norsk programmerer tilknyttet The Pirat Bay hevdet i Dagbladets artikkel om beslag av datautstyr tilhørende nettstedet, at nettstedet hadde 300.000 unike norske brukere hver dag.²⁵

The Pirat Bay har siden oppstarten i 2004 mottatt en rekke juridiske trusler fra advokater engasjert av film- og platebransjen. Bakmennene til nettstedet tar tilsynelatende truslene med "knusende ro" og har lagt ut de mottatte truslene med sine "latterliggjørende" tilsvaret til offentlig ettersyn på nettstedet.²⁶

²³ IRC: Internet Relay Chat, er en protokoll for å snakke sammen på internett i sanntid, se <http://no.wikipedia.org/wiki/IRC>

²⁴ Nettstedet har 9.665.923 noder/enheter (4.636.673 delere + 5.029.250 mottakere) av 1.133.276 torrenter på trackeren, se: <http://thepiratebay.org>

²⁵ Se: Dere har ingen ting å frykte!

²⁶ <http://thepiratebay.org/legal>

2.2 Fildeling / filutveksling/filkopiering

Begrepet fildeling brukes som sagt i dagligtalen om utveksling av datafiler via Internett. Fildeling kan selvsagt også skje ved bruk av andre kommunikasjonsmidler, enn fildeling i nettverk. Utlekking av lenker på Internett må også kunne anses som fildeling. Det er videre, fult ut mulig å sende digitale signaler trådløst. Enten det skjer i stor skala, typisk via digitale bakkenettet eller i liten skala ved hjelp av bluetooth eller ir-teknologi. Det må også kunne anses som fildeling når man sender en e-post, inneholdende en datafil til en eller en gruppe av mottakere. I tilfellene hvor filmateriale utveksles i et lite og kontrollert omfang er det mer nærliggende å se på utvekslingen av materialet som tradisjonell piratkopiering.

Utviklingen av mobilteknologien har ført til at det i dag er mulig å bruke mobiltelefonen til langt mer enn å ringe med. De fleste av mobiltelefonene som i dag legges ut for salg har mulighet til å sende og motta datafiler. Telenor åpnet i 2007 sitt nye Turbo-3G-nett med nedlastingshastighet på inntil 3,6 Mb/sek.²⁷ Det mobile-bredbåndsnettet åpnet dermed for at en stor mengde digitale filer raskt kan overføres mellom brukerne av nettet. Tilkobling til dette nettet er mulig ved å benytte en pc med mobilmodemstilkobling eller tilkobling direkte fra mobiltelefonen.

Den nye generasjonen av mobiltelefoner har støtte for avspilling av media filer, noe som gjør at brukeren kan avspille den nedlastede filen på selve telefonen. Mobiltelefoner av denne typen er derfor egnet til å overta markedsandeler fra den "tradisjonelle" bærbare mp3-spilleren. Den relevante forskjellen på disse produktene i et opphavsrettslig perspektiv; er at fra mobiltelefonen er det mulig å foreta nedlasting direkte til avspilleren. Flere mobiltelefoner markedsføres som musikktelefoner, med mulighet til å utvide telefonens lagringskapasitet ved bruk av minnebrikker. Mobiltelefoner med stadig større lagringskapasitet kan således bli en effektiv måte å dele filer på. Det er et velkjent fenomen

²⁷ <http://telenormobil.no/abonnement/mobiltbredband.do>

at økt tilgjengelighet fører til økt bruk, her i betydningen at sannsynligheten for at det blir lastet ned mer opphavsrettslig beskyttet materiale øker.²⁸

2.3 Ulike aspekter av fildeling, begrepsforklaring

Datafil

En datafil, oftest bare kalt fil, er en definert rekke av biter²⁹ lagret i et filsystem på et lagringsmedium. Datafilen representerer data (informasjon) som kommer til uttrykk gjennom det binære tallsystemet.

Internett

Internett er et internasjonalt nettverk av datamaskiner som ved hjelp av tekniske standarder og protokoller kan kommunisere med hverandre.

Server

Server også kalt tjener, er programvare som tilbyr en eller flere tjenester til andre klienter (datamaskiner) over et datanettverk. Begrepet er også brukt om selve datamaskinen. (maskinvaren) som tilbyr en eller flere tjenester til andre datamaskiner over et datanettverk.³⁰

Klient

En klient er en applikasjon som kobler seg opp mot en tjener eller annen datamaskin via et nettverk, og utfører handlinger deretter.³¹

²⁸ Problemstilling knyttet til fildeling ved bruk av annen teknologi, enn fildeling ved bruk av fildelingsprogrammer i nettverk drøftes ikke jf. avhandlingens avgrensning.

²⁹ Bit er en enhetsbetegnelse for informasjon som kan ha en av to mulige verdier, vanligvis 0 eller 1.

³⁰ Se <http://no.wikipedia.org/wiki/Server>

³¹ Se <http://no.wikipedia.org/wiki/Klient%28datalogi%29>

Tracker

Engelsk betegnelse for en sporingstjener som kobler alle klientene til hverandre.³²

P2P

Peer to Peer.

"Et P2P nettverk defineres som et nettverk hvor alle tilkoblede enheter (datamaskiner) er Likeverdige." (Gantz 2005)³³ Kommunikasjonen som finner sted, skjer mellom enhetene i nettverket og ikke via en sentral server.

Opplasting

Begrepet opplasting, er en betegnelse brukt om selve prosessen ved å kopiere kildemateriale fra et lagringsmedium til et annet (i denne sammenheng å overføre filer fra egen datamaskin til et eller flere mottakermedium via Internett).

Nedlasting

Begrepet nedlasting er logisk nok det motsatte av opplasting. Begrepet nedlasting, betyr således prosessen ved å kopiere datafiler fra en eller flere lagringsmedium til eget lagringsmedium.

³² Se <http://no.wikipedia.org/wiki/BitTorrent>

³³ John Gantz og Jack B. Rochester, *Pirates Of The Digital Millenium* s. 2

3 Rettskildebildet

3.1 Folkerettslige avtaler

Behovet for opphavsrettslig vern strekker seg ut over landegrensene og immaterialretten er således forsøkt harmonisert gjennom to store konvensjoner, Bern-konvensjonen og Verdenskonvensjonen om opphavsrett, også kalt ”opphavsrettens internasjonale grunnlov.” Det første tilløpet til vern utover landegrensene kom riktig nok gjennom bilaterale avtaler. Mellom noen land har deler av dette vernet vært basert på slike avtaler helt frem til våre dager.³⁴

Det følger av presumsjonsprinsippet at norsk lovgivning skal tolkes slik at den er i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.³⁵

3.1.1 Bern-konvensjonen

Før Bern-konvensjonen av 1886 ble ført i pennen var rettighetshaveren stort sett kun beskyttet av nasjonal lovgivning.³⁶ Dette betydde i utgangspunktet at verk som hadde beskyttelse etter nasjonal lovgivning i et land, fritt kunne kopieres opp å selges i andre land uten at rettighetshaveren hadde krav på vederlag.

Bern-konvensjonens hovedpunkter kan oppsummeres i det følgende:

Konvensjonen stiller i artikkel 5 (1) krav om nasjonal behandling, med dette menes at landende som tilslutter konvensjonen er folkerettslig forpliktet til å gi verk fra andre land samme beskyttelse som nasjonale verk. Dette er ikke ensbetydende med at konvensjonens

³⁴ Wagle, Opphavsrett i en digital verden, 53

³⁵ Presumsjonsprinsippet er innarbeidet i norsk rett gjennom rettspraksis, se Rt. 2001 s. 1006 (Finangerdommen)

³⁶ Norge tiltrådte konvensjonen med virkning fra 13.04.1896, se Ot-prp. Nr 46 (2004-2005) (endringslov) s. 8

medlemsland er forpliktet til å ha samme lovgivning. Konvensjonen hindrer kun forskjellsbehandling på bakgrunn av opphavsmannens nasjonalitet, herunder er verkets vernetid unntatt.³⁷ I artikkel 5 (2) stilles det som krav at opphavsrettvern skal kunne oppnås uten formalitetskrav. Med dette menes det at det ikke kan stilles som krav at verket må innregistreres i et register av noe slag for å oppnå opphavsrettslig vern.³⁸ I artikkel 7 (1) stilles det krav om minimums vernetid av åndsverkene.

Konvensjonens forsøk på å balansere rettighetshavers behov for vern mot samfunnets behov for utnyttelse kommer til uttrykk i konvensjonens artikkel 9 (2), den såkalte ”tretrinns testen”.³⁹ Artikkelen setter her rammer for konvensjonsmedlemslandenes adgang til å innta unntak fra rettighetshavers enerett i nasjonal lovgivning. Denne ”tretrinns testen” innebærer at et eventuelt unntak må oppfylle tre vilkår:

1. unntaket skal bare gjelde i spesielle og avgrensede tilfelle,
2. unntaket skal ikke skade den normale utnyttelse av åndsverket,
3. unntaket skal ikke på urimelig måte tilsidesette opphavsmannens legitime interesser.

³⁷ Det følger videre av konvensjonen at dersom det gjelder ulik vernetid i landet der opphavsretten gjøres gjeldende og verkets hjemland, legges den korteste vernetiden til grunn. Konvensjonen stiller likevel opp som en minimumsrettighet opp at alle arbeider bortsett fra fotografisk og kinematografisk materiale skal beskyttes i minimum 50 år etter opphavsmannens død.

³⁷ Bern-konvensjonen administreres av WIPO (World Intellectual Property Organization) med sete i Genève. Organisasjonen sorterer inn under FN som et ”specialized Agency.

³⁷ I den nye opphavsrettstraktaten i WIPO, WTC av 1996 er også ”tretrinns testen” inntatt som ramme for alle utnyttingsrettigheter av åndsverk.

³⁷ Dette gjaldt land som USA, de fleste amerikanske land Kina, tidligere Sovjetunionen og en rekke u-land

3.1.2 Verdenskonvensjonen

Hensikten bak verdenskonvensjonen om opphavsrett av 1955 var å omfatte de land som av ulike grunner ikke ville tiltre Bern-konvensjonen i et verdensomfattende beskyttelsessystem av opphavsretten.⁴⁰ Hovedårsaken til at nasjoner som USA og de fleste amerikanske land ikke ville tiltre Bern-konvensjonen, var konvensjonens sentrale prinsipp om formfrihet. Deres nasjonale lovgivning bygde på et prinsipp om at åndsverket måtte registreres for å kunne oppnå opphavsrettlig beskyttelse. For andre land som ikke valgte å tiltre Bern-konvensjonen var problemet at nasjonen ikke så det mulig å oppfylle konvensjonens forpliktelser, herunder bære et beskyttelsessystem som fyller konvensjonens minstekrav.⁴¹

Hovedprinsippet bak ”kompromiss-konvensjonen,” Verdenskonvensjonen om opphavsrett, er at et hvert formkrav er å anse som oppfylt dersom alle eksemplarer av åndsverket er utstyrt med en ”copyright-notice”, med symbolet ©, rettighetshavers navn, og året for første publisering av åndsverket.⁴²

3.1.3 EØS

EU har i den senere tid sett behovet for å harmonisere regelverket i det indre marked. Dette er gjort gjennom vedtakelsen av direktiver.

⁴⁰ Se Birger Stuevold Lassen, Festskrift til Per Stavang s. 457

⁴¹ Bern-konvensjonens medlemsland fryktet at de mer lempelige kravene som fulgte av Verdenskonvensjonen ville føre til fratreden fra Bern- til fordel for Verdenskonvensjonen. Dette ble løst gjennom vedtakelsen av en tilleggsdeklarasjon, den såkalte ”Bernlåsen”. Gjennom vedtakelsen av tilleggsdeklarasjonen forpliktet medlemslandene seg til ikke å gi vern etter Verdenskonvensjonen for et verk som har som hjemland et land som er trådt ut av Bern-konvensjonen. I den samme tileggsdeklarasjonen forpliktet medlemslandene til Bern-konvensjonen seg til ikke å anvende verdenskonvensjonen, for så vidt angår åndsverk som etter konvensjonen har et Bern-konvensjonsland som hjemland.

Lovgivningen om det indre marked er en del av EØS-avtalen og Norge er således folkerettslig forpliktet til å sørge for at vår nasjonale lovgivning er i samsvar med regelverket for det indre marked jf. § 1 i lov av 27.11 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeids område, heretter kalt EØS-loven. Av EØS-lovens § 2 fremgår det at bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder også for tolkningen av forskrifter.

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet, heretter opphavsrettsdirektivet, har inntatt ”tretrinns testen” i artikkel 5.5. Tretrinns testen er her satt som en generell ramme for alle mulige unntak som direktivet i artikkel 5 i utgangspunktet kan se ut til å hjemle. Dette betyr at lovgiver likevel må prøve ønskelige unntak i nasjonal lovgivning som opphavsrettsdirektivet i utgangspunktet hjemler, mot ”tretrinns testen”.

Opphavsrettsdirektivet og den påfølgende nasjonale lovendringen, mest omtalt som mp3-loven, medførte en vesentlig begrensning i adgangen til privat kopiering som hittil har vært tillatt. Etter lovendringen er det blant annet forbudt å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke, benytter for å kontrollere eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring av et vernet verk.⁴³

3.2 Nasjonal lovgivning

Bern-konvensjonen og særlig kravet jf. artikkel 4 i Brussel-teksten om nasjonal behandling danner basis for vår nasjonale opphavsrettslige lovgivning, lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 nr. 2, heretter kalt åndsverkloven.

⁴³ Bruken av DRM-systemer blir behandlet i oppgavens rettspolitiske del, pkt. 5 – om veien videre.

Loven er videre et resultat av et nordisk lovsamarbeid med ønske om mest mulig rettslikhet i Norden på opphavsrettens område.⁴⁴ Rettslikheten medfører at nordiske rettskilder kan være relevante i nasjonal behandling, særlig ettersom den nasjonale rettspraksis på dette rettsområdet er beskjeden.

Det følger av åndsverkloven § 1 1. ledd: ”at den som skaper et åndsverk har opphavsrett til verket.” I følge lovens ordlyd er det den som skaper et åndsverk, som har opphavsrett til verket. En normal språklig forståelse av ordlyden; ”den som skaper”, henspiller på den fysiske personen som har skapt verket. Ordlydens bruk av det personlige pronomenet ”den” i ”den som skaper,” tilsier at det ikke er noe vilkår at skaperen må ha rettslig handlevne for å oppnå opphavsrettslig beskyttelse av verket i kraft av å være opphavsmann. En antitetisk tolkning av 1. ledd tilsier således at juridiske personer er uten opphavsrettslig skaperevne.⁴⁵

Det er kun det skapte verket som kan oppnå opphavsrettslig vern, ikke måten/metoden det er skapt på.⁴⁶ Med dette menes det eksempelvis at dersom en musiker komponerer en melodi i ruspåvirket tilstand ved hjelp av en kassegitar med bare 5 strenger, er det kun selve melodien som kan oppnå et opphavsrettslig vern, ikke arbeidsmetoden. Andre musikere har full anledning til å benytte den samme fremgangsmåten for å skape en ny melodi.

Verket må videre inneha såkalt verkshøyde for å kunne oppnå opphavsrettslig vern. Denne begrensningen i opphavsretten baserer seg på prinsippet om at det er kun originale verk/arbeider som kan kvalifiseres som åndsverk.

⁴⁴ Se innst. O. XI (1960-1961) s. 2

⁴⁵ Et rettslig spørsmål som kan stilles i en slik sammenheng er om personer ansatt i et foretak eller som i annet engasjement utfører oppdrag på vegne av noen, må anses å ha overdratt opphavsretten til arbeidsgiver eller oppdragsgiveren. Se: Rognstad i samarbeid med Birger Stuevold Lassen: Fragmenter til en lærebok i opphavsrett, opphavsrettens subjekter s. 47 flg.

⁴⁶ Se Ole Andreas Rognstad i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, Fragmenter til en lærebok i opphavsrett s. 67

Kravet om verkshøyde kommer ikke til uttrykk i lovens ordlyd, men fremkommer av lovens forarbeider og rettspraksis. Begrepet verkshøyde er i jusleksikonnet definert som: ”*den grad av individuell, skapende åndsinnsett som et verk (et arbeid, en frembringelse) må bære preg av for at den skal kunne karakteriseres som åndsverks og dermed ha vern etter åndsverkloven.*” (Gisle mfl 2002)⁴⁷

Kravene som stilles til verkshøyde vil variere alt ettersom hva slags verk det er snakk om og selve den konkrete grensedragningen beror på skjønn.⁴⁸ I oppgavens videre fremstilling forutsettes det at åndsverket oppfyller vilkåret om verkshøyde.

Hva som er å forstå som et åndsverk er i åndsverkslovens § 1 2. ledd legaldefinert som: vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art, uansett uttrykksmåte og uttrykksform. Dette er videre eksemplifisert i samme ledd nr 1 til 13 som: skrifter av alle slag, muntlige foredrag, sceneverk (så vel dramatiske og musikkdramatiske som koreografiske verk og pantomimer, samt hørespill), musikkverk (med eller uten tekst), filmverk, fotografiske verk, malerier, tegninger, grafikk (og lignende billedkunst), skulpturer av alle slag, bygningskunst (så vel tegninger som selve byggverket), billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri (så vel forbildet som selve verket), kart (samt tegninger og grafiske og plastiske avbildninger av vitenskapelig eller teknisk art), datamaskinprogrammer, oversettelser og bearbeidelser av verk som allerede nevnt.

Det følger av åndsverklovens forarbeider at listen til hva som kan være et åndsverk ikke er uttømmende. Meningen med lovens eksemplifisering er å gjøre loven enklere for lekfolk å forstå.⁴⁹

I forbindelse med et utgitt åndsverk er ikke de utøvende kunstnerne og tilvirkerne å anse som opphavsmenn etter loven. Deres vern fremkommer av åndsverklovens kapittel 5 om

⁴⁷ Jon Gisle, med flere «Verkshøyde»: *Jusleksikon*

⁴⁸ Se Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen)

⁴⁹ Ot.prp.nr.26 (1950-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk s. 12

”andre rettigheter.” Det må derfor foretas en sontring mellom rettighetshaverne: opphavsmann, utøvende kunstner og tilvirker.

Opphavsmann

Det følger av åndsverklovens § 2 at opphavsretten gir opphavsmannen, innenfor lovbestemte rammer, enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk. Av 2. ledd følger det at også overføring av åndsverket til en innretning som kan gjengi verket, regnes som fremstilling.

Den kulturpolitiske loven oppstiller her som hovedregel; at den enkelte opphavsmannen (skaperen) til et åndsverk har enerett til å bestemme om og hvordan åndsverket skal gjøres tilgjengelig for andre.⁵⁰

Av åndsverklovens § 40 fremgår det at vernetiden varer i 70 år etter utløpet av opphavsmannens dødsår.⁵¹

Utvøvende kunster

Det fremgår av åndsverklovens § 42 at en utøvende kunstner har innen de grenser som er angitt i åndsverkloven, enerett til å råde over sin fremføring av et verk ved å gjøre varig eller midlertidig opptak av fremføringen, fremstille varig eller midlertidig eksemplar av et opptak av fremføringen, og gjøre fremføringen eller opptak av den tilgjengelig for allmennheten.

⁵⁰ se Ot.prp. nr 46 (2004-2005) (endringslov) s. 7

⁵¹ Er verket skapt i fellesskap jf. § 6, løper vernetiden fra utløpet av lengstlevende opphavsmannens dødsår. Videre følger det av § 40 at for filmverk løper vernetiden fra utløpet av dødsåret for den lengstlevende av hovedregissøren, forfatteren av filmmanuskript, dialogforfatteren og komponisten av musikk som er frembragt med henblikk på filminnspillingen.

I den presiserende tolkningen av begrepet ”utøvende kunster” i lovens ordlyd, vises det til lovetekstens henvisning til lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v. av 14.12.1956 nr. 4 § 1 2. punktum hvor det heter: ”*Med utøvende kunstnere menes her musikere, sangere, skuespillere, dansere, dirigenter, sceneinstruktører og andre som gjennom sin kunst framfører åndsverk*”.

Av 2. ledd fremgår det at vernet etter denne bestemmelsen varer i 50 år etter utløpet av det år framføringen fant sted.⁵²

Tilvirker

En tilvirker er en person eller en juridisk person som står bak tilvirkningen av eksemplaret, typisk plateprodusent, filmselskap etc.

Av åndsverkloven § 45 1. ledd fremgår det at; en tilvirker av lydopptak og film har, innen de grenser som følger av denne lov, enerett til å råde over opptaket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten.⁵³

Av 2. ledd fremgår det at vernetiden er etter denne bestemmelsen er 50 år etter utløpet av det år innspillingen fant sted.⁵⁴

⁵² Dersom opptaket i løpet av dette tidsrom offentliggjøres varer vernet i 50 år etter utløpet av det år opptaket første gang ble offentliggjort jf. 42 2. ledd

⁵³ I Rt. 2005 s. 41 pkt 76 flg. fastslår Høyesterett at bestemmelsen gjelder til fordel for et hvert lyd- og filmopptak. Når det gjelder tilvirkerens vern mot eksemplarframstilling etter § 45, oppstilles det altså ingen geografisk begrensning for hvem som er vernet.

⁵⁴ Videre følger det av 2. ledd at dersom opptaket i løpet av dette tidsrom offentliggjøres varer vernet i 50 år etter utløpet av det år opptaket første gang ble offentliggjort.

3.3 Rettspraksis

Avgjørelsene som det her vises til er i skrivende stund de nasjonale domstolsavgjørelsene som konkret berør fildeling av musikk og film. Høyesterettsdommen Rt. 2005 s. 41 gjelder ikke fildeling i nettverk, men lenking til musikkfiler. Avgjørelsen fra Høyesterett har grunnet sin rettskildemessige vekt, stor betydning for klarleggingen av medvirkningsansvaret til spredning av opphavsrettslig beskyttet materiale.⁵⁵

3.3.1 Rt. 2005 s. 41 Napster.no

Saken gjaldt krav om erstatning jf. åndsverklovens § 55 for utlegging av lenker på Internett til opphavsbeskyttet musikk, i filformatet mp3.

På nettstedet napster.no kunne brukerne ”legge til” webadresser til musikkfiler, såkalte lenker. Ved hjelp av et dataprogram ble det automatisk opprettet en ny side under ”napster.no” med lenke til musikkfilen. Av og til virket ikke dette dataprogrammet som automatisk genererte en lenke, prosessen ble i disse tilfellene manuelt utført. Saken gjaldt lenker opprettet i tidsrommet fra august til november 2001. Det er i dommen lagt til grunn at nettstedet hadde lenker til ca. 170 musikkfiler, alle musikkfilene var lagret på utenlandske servere. Nettstedet hadde en søkefunksjon som tillot brukerne å undersøke om det var mulig å nå den musikk man ønsket via nettstedet. Bruken av nettstedet var gratis.⁵⁶

Saksøker, TONO, NCB Nordisk Copyright Bureau, EMI Norsk AS, BMG Norway AS, Sony Music Entertainment AS og Universal Music AS nedla i hovedsak prinsipal påstand om at innehaveren bak nettstedet napster.no dømmes til å betale saksøker erstatning fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til 100.000 kroner.

⁵⁵ Avgjørelsene har blitt nevnt en rekke ganger både i den pågående fildelingsdebatten og i juridisk litteratur som berører emnet.

⁵⁶ Nettstedet inneholdt ”reklamelenker”, dersom brukerne benyttet en av disse lenkene fikk innehaveren av nettstedet etter 1 kr. pr. klikk.

Høyesterett kommer til at innehaveren bak nettstedet utvilsomt har vært klar over at musikken var opplastet uten rettighetshaverens samtykke. Videre sies det: "at han har handlet forsettlig og kan ikke høres med at han befant seg i rettsvillfarelse med hensyn til at han medvirket til et straffbart forhold."⁵⁷ Ut fra dette blir han erstatningsansvarlig for det tapet saksøker har lidt, først og fremst som følge av skadelites omsetningstap (en del av brukerne som ellers ville ha kjøpt cd-en har skaffet seg musikken ved å laste den ned). Høyesterett slår videre fast at det utvilsomt er årsakssammenheng mellom skadevolders handlemåte og skadelidtes tap.

Høyesterett stadfestet tingsrettens dom, hvor nettstedet med dets innehaver ble dømt til å betale saksøker erstatning med kroner 100.000,-⁵⁸

3.3.2 RG 2005 s. 1627 "Direct Connect"

Tiltalte i saken hadde ved bruk av programvaren "Direct Connect" opprettet, "huben" "Jazzhouse." Denne "huben" var lukket, noe som vil si at man måtte registrere seg med brukernavn og passord for å benytte seg av nettverket. "Jazzhouse" var virksom fra juli til desember 2003 og var plassert på en maskin tilhørende en ansatt i Netcom. Senere fikk tiltalte selv bygget en server som ble plassert i et datarom hos Netcom. Hensikten med denne plasseringen var å besørge en effektiv delingsprosess gjennom bruk av Netcom sine høyhastighetslinjer.

Etter forespørsel fra bekjente ble de to nye tjenerne "Jazzgoove" og "Lushlife" opprettet. Tjeneren "Jazzgroove" var åpen med flere hundre brukere. Tjeneren "Lushlife" var lukket, men hadde til gjengjeld en betydelig brukermasse. Systemet som her ble brukt kan klassifiseres som 1. generasjon fildelingsnettverk. Brukerne sendte en forespørsel om ønsket filmateriale til tjeneren som igjen formidlet kontakt med en bruker som hadde filmateriale tilgjengelig. Den videre kommunikasjon skjedde så direkte mellom brukerne.

⁵⁷ Se Rt. 2005 s. 41 pkt (69)

⁵⁸ Se TSGUD-2002-203

Tiltalte i saken ble dømt til 120 timer samfunnsstraff for overtredelser av:

åndsverkloven § 54 1. ledd bokstav a, jf. 2. til 4. ledd, jf. § 2 1. til 3. ledd, jf. § 1 2. ledd nr 4 og 5,

åndsverkloven § 51 1. ledd bokstav b, jf. 3. ledd, jf. § 45 1. ledd, samt § 42 1. ledd bokstav a og 2. ledd,

åndsverkloven § 54 1. ledd bokstav d, jf. 2. til 4. ledd, jf. § 45 1. ledd, samt § 42 1. ledd bokstav a og 2. ledd.

Han ble i samme dom, dømt til å tåle inndragning av det beslaglagte datautstyret som var benyttet til de straffbare handlingene. Den domfelte hadde ikke hatt økonomisk utbytte av de straffbare handlingene, utover at han ikke hadde betalt for egen nedlasting av musikk.

3.3.3 TFRED-2006-177576 "Pitbullterje"

En 45 år gammel mann ble i Fredrikstad tingrett domfelt for ulovlig kopiering og tilgjengeliggjøring av den norske spillefilmen "Pitbullterje." Spørsmålet i tingrettens behandling av saken var om tiltalte ulovlig hadde kopiert og tilgjengeliggjort filmen for allmennheten via Internett, og på den måten krenket rettighetshavers eneretter som følger av åndsverkloven.

Gjerningspersonen aksepterte et tilbud fra sin internettleverandør Start.no om visning av kinofilmen "Pitbullterje" (stremaing via internett foretatt av Start Network AS, til firmaets bredbåndkunder). I forkant av visningen hadde gjerningspersonen lastet ned programvare, som gjorde det mulig å kopiere og lagre filmen på egen hardisk. Domfelte la ut filmen på The Pirate Bay en ukes tid før filmen hadde kinopremiere. Via dette nettstedet ble filmen lastet ned ca 2770 ganger av tredje personer.

For dette ble han dømt for overtredelse av åndsverkloven § 54 1. ledd bokstav a jf. 3. ledd jf. § 2 1. ledd jf. 3. ledd, åndsverklovens § 54 1. ledd bokstav d jf. 3. ledd jf. § 45, og åndsverklovens § 54 1. ledd bokstav d jf. 3. ledd jf. § 42 til 15 dagers betinget fengsel.

Han ble videre dømt til å tåle inndragning av beslaglagt datautstyr til fordel for statskassen, jf. straffeloven § 35 og til å betale 50.000 kroner i erstatning til Scanbox Entertainment Norway AS, Paradox Spillefilm AS og Norsk Videogramforening.

Påtalemyndigheten anket straffeutmålingsspørsmålet til lagmannsretten. Borgating lagmannsrett forkastet ved kjennelse LB-2007-69411, denne anken. I kjennelsen pekte lagmannsretten på at tingretten har ilagt gjerningspersonen et ikke ubetydelig erstatningsansvar, og at en bestemt betjening av det ilagte erstatningsbeløpet var et vilkår for den betingende dommen. Lagmannsretten viste til at det dreide seg om et engangstilfelle av ulovlig kopiering og tilgjengeliggjøring via fildelingsnettverk.

Lagmannsretten bemerket også at filmens rettighetshavere la ut filmen til visning på et nettsted allerede før kinopremieren fant sted, uten noen form for kopisperre. Lagmannsretten la til grunn at den ulovlige kopieringen kunne gjennomføres uten spesielle datakunnskaper eller noen form for spesialutstyr. Lagmannsretten mente at det ikke det ikke forelå slike skjerpende momenter i saken som ellers kan tilsi en ubetinget fengselstraff. Lagmannsretten viste til at avgjørelsen i Rt. 2004 s.1457⁵⁹ og mente denne saken indikerer at det som utgangspunkt må foreligge skjerpende forhold for at det kan bli tale om å ilegge ubetinget fengselsstraff.

3.3.4 TJARE-2007-6676

En 17 år gammel mann ble i Jæren tingrett dømt til 45 dagers betinget fengsel og 4000 kroner i bot for overtredelse av åndsverkloven § 54 1. ledd bokstav a) jf. 2. og 3. ledd jf. § 2 1. ledd til 3. ledd § 12 3. ledd jf. § 1 1. ledd og 2. ledd nr 4 og 5.

⁵⁹ Ungdomsorganisasjonen Rød Ungdom ble ilagt foretakstraff jf. straffeloven § 48 a, for brudd på åndsverkloven § 54 1. ledd bokstav a, jf § 2 1. ledd, jf 3. ledd og straffeloven § 343 første ledd 2. straffalternativ, for å ha utlagt 13 skolebøker for elver i den videregående skolen på Internett.

Gjerningspersonen hadde da han var 16 år opprettet et nettverk for deling av opphavsrettslig beskyttet musikk og film. På det meste hadde nettverket i følge domfelte selv, 2435 brukere som hver av dem gjennom nettverket i "snitt" fildelte 40 Gb fildata. Den opprettede "Direct Connect huben," "stavanger.enterhedragon.net," fungerte som et bindeledd mellom sluttbrukere som hadde til formål å utveksle musikk- og filmfiler. Det var på det rene at mannen ikke hadde noe vinning i økonomisk forstand, kun gleden av å være administrator over "huben".

Denne "huben" var koblet sammen med andre tilsvarende "huber" i et nettverk. Dersom "huben" ble full, ble brukeren automatisk flyttet over på neste "hub" i nettverket. Mannen bidro således til at det var enkelt for brukerne å få tak i store mengder åndsverkbeskyttet materiale også gjennom andre slike "huber."

Retten kom under betydelig tvil til at det ikke forelå særlige skjerpende forhold og bestemmelsen i åndsverkloven § 54 4. ledd kom således ikke til anvendelse.

4 Gjeldende rett ved ulike aspekter av fildeling i et nettverk

Bruken av fildelingsprogrammer er i seg selv ikke ulovelig, ei heller fildeling så lenge det skjer med materiale som ikke er opphavsrettslig beskyttet. Fildelingen er heller ikke ulovlig i de tilfeller hvor rettighetshaver har samtykket til handlingen.

Det forutsettes at verket/fremføringen som er utgangspunktet for den videre redegjørelse er innenfor den lovbestemte vernetiden.

4.1 Fildeling i et nettverk – opplasting

Ved digitalisering og opplasting av verket til en fildelingsserver på Internett eller på annet teknisk vis, sette verket tilgjengelig for nedlasting, tilgjengeliggjøres verket for andre brukere av fildelingsnettverket. Ved en slik handling oppstår det rettslige spørsmålet om verket gjøres tilgjengelig for allmennheten. Dersom en slik handling innebærer en tilgjengeliggjøring for allmennheten uten klar avtale med opphavsmannen vil handlingen innebære en krenkelse av rettighetshaver enerett til tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten jf. åndsverklovens § 2.

Dersom verket er fremført av en utøvende kunstner har denne som utgangspunkt enerett til å råde over sin fremføring av verket jf. åndsverkloven § 42. Dersom dette verket tilgjengeliggjøres uten den utøvende kunstners samtykke kan dette kunne krenke rettighetshavers enerett jf. § 42.

For at opplasting av musikk og film filer skal kunne skje, forutsetter det at opplaster har tilgjengelighet til det fremførte verket. Normalt er de verk som er av interesse for fildeling, hva en det dreier seg om musikk eller film, allerede tilvirket og utgitt. Som tidligere beskrevet har tilvirkeren av et lydopptak eller film som utgangspunkt enerett til å råde over opptaket jf. åndsverklovens § 45. Dersom opptaket gjøres tilgjengelig for allmennheten uten klar avtale med rettighetshaver vil tilgjengeliggjøringen kunne innebære en krenkelse av rettighetshavers enerett til dette jf. § 45.

4.1.1 Når er spredningshandlingen å anse som tilgjengeliggjøring for allmennheten?

Lovgiver bruker i åndsverklovens bestemmelser om rettighetshavers enerett ordlyden; ”tilgjengelig for allmennheten,” hva enn det dreier seg om, åndsverket, fremføringen eller opptaket jf. §§ 2, 42 og 45. Rettighetshavers enerett til eksemplarframstilling er i motsetning til eneretten til tilgjengeliggjøring i disse bestemmelsene gjort generell.⁶⁰

⁶⁰ Se åndsverklovens § 12 som oppstiller unntak fra rettighetshavers enerett til eksemplarframstilling.

Ordlyden i §§ 42 og 45 henviser med fotnote til § 2 3.ledd hvor det fremgår at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når; eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten, eksemplarer av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler, eller verket fremføres offentlig.

Videre følger det av åndsverklovens § 2 4. ledd; at som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket. Det fremgår av lovens forarbeider eksemplifiseringen som er gitt i 4. ledd ikke er uttømmende, herunder at lovgiver kun har ment å gi enkelte praktiske eksempler på hvilke tilgjengeliggjøringsmåter som vil falle inn under begrepet offentlig fremføring.⁶¹

Opphavsrett er selv for en med juridisk kompetanse et komplisert rettsområde.

Overtredelse av bestemmelser i åndsverkloven kan medføre blant annet den rettslige sanksjonen, straff. Det følger av Grunnloven § 96 at ingen kan dømmes uten hjemmel i lov. Legalitetsprinsippet stiller videre krav om at hjemmelen må være tilstrekkelig klar. Slike eksemplifiseringer som her er gjort i lovteksten kan medføre at ”hjemmelskravet” i en eventuell straffesak er oppfylt.⁶²

Av forarbeidene til endringer i åndsverkloven fremgår det at med tilgjengeliggjøring for allmennheten, menes det en spredningshandling av verket utenfor det private området.⁶³

For å kunne besvare det rettslige spørsmålet om når en opplasting er å anse som en tilgjengeliggjøring av verket, drøftes spørsmålet når handlingen i åndsverklovens forstand er utenfor det private området.

⁶¹ Åndsverkloven m.m. Ot.prp.nr.46 (2004-2005) (endringslov) s. 140

⁶² Ståle Eskeland, Strafferett s. 104 flg.

⁶³ Åndsverkloven m.m. Ot.prp.nr.46 (2004-2005) (endringslov) s. 140

Av lovens forarbeider følger det at med ”allmennheten” menes det i åndsverkloven det samme som med begrepet ”offentligheten,” slik det lød i daværende gjeldende lov.⁶⁴ Lovgivers endring av ordlydens begrep medførte med andre ord ingen endring av gjeldene rett.⁶⁵ Forarbeidene viser til at det må foretas en konkret bedømmelse hvorledes grensen skal trekkes mellom allmennheten og private kretser. Dette betyr at rettkilder tilkommet før lovendringen fant sted fortsatt er relevant hva angår den presiserende tolkningen av ordlydens begrep.

Forarbeidene viser til Almindelig borgerlig Straffelov av 22.05.1902 nr. 10 § 7 og utelukker ikke en viss analog anvendelse fra straffelovens legaldefinisjon av når en handling anses begått i offentlighet. Forarbeidene viser til at utenfor straffeloven kan det likevel ikke være avgjørende om handlingen er foretatt ”i overvær av et større antall personer.” jf. ordlyden i straffelovens § 7. Utenfor straffeloven kan altså selv et større antall personer bli ansett for å tilhøre den private krets, slik som en familiefest, jubileumsfest eller et foreningsmøte.

Forarbeidene viser til Knoph som uttaler: ” *Hvis gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter, må den skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie- vennskaps- eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er etter lovens mening skjedd offentlig enten alle og enhver har hatt adgang til gjengivelsen, eller en begrenset forsamling som ikke er valgt ut med private og personlige forhold for øye. Videre fremholder Knoph s. 90 at det etter lovens ånd og hensikt må være riktig å trekke grensen for private fremførelser temmelig trangt, og at det i tvilstilfelle må legges vekt på om sammenslutningen har ervervsmessig formål eller ikke.*” (Knoph sitert i Ot.prp.nr.26 (1959-1960) Opphavsrett til åndsverk. s. 17)

Ved vektleggingen av de ulike rettskildende må det tas hensyn til at åndsverklovens forarbeider er fra 1959/1960 og av den grunn ikke tar hensyn til dagens teknologi.

⁶⁴ Ot.prp.nr.26 (1959-1960) Opphavsrett til åndsverk. s. 16

⁶⁵ Se Innst. XI (1960-61) s. 15

Opphavsmannens lovbestemte enerett til tilgjengeliggjøring er ment å være teknologinøytral jf. forarbeidene.⁶⁶ Forarbeidene fra 1959/1960 og rettspraksis tilkommet før lovendringen kan således likevel være en relevant rettskildefaktor ved den presiserende tolkningen av lovens ordlyd.

I ”Bedriftsmusikkdommen,” Rt. 1953 s. 633, ble begrepet ”tilgjengeliggjort for offentligheten” drøftet av Høyesterett under problemstillingen om hva som falt inn under daværende gjeldende åndsverklov § 4 om privat bruk av åndsverk: *”Uttrykket leder etter min mening tanken hen mot en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd. Jeg finner grunn til særlig å fremheve at selve størrelsen av den personkrets det dreier seg om, vil måtte tillegges en meget vesentlig vekt ved bedømmelsen. Dette ikke av den grunn at antallet av deltagende personer i seg selv er av gjørende, men fordi tilknytningen mellom del takerne innbyrdes i første rekke vil være av hengig av forsamlingens størrelse. Jo større kretsen er, desto vanskeligere vil det i det enkelte tilfelle være å konstatere at deltakerne er knyttet sammen på en slik måte at forsamlingen kan sies å ha privat karakter.”*

Av Rt. 2004 s. 1457 fremgår det at utlegging av bøker på Internett med oppfordring om nedlasting ble ansett som tilgjengeliggjøring for allmennheten. I ”Pitbullterjedommen” ble kopiering og spredning av åndsverksbeskyttet via The Pirat Bay (BitTorrent-teknologi) ansett som tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det er således ikke tvilsomt at utlegging av opphavsbeskyttet materiale på Internett uten samtykke fra rettighetshaver kan medføre at rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring for allmennheten, krenkes.

Domstolen gir i ”Direct-connetct” dommen uttrykk for at domstolene må forholde seg til samfunnsutviklingen, herunder de nye kontaktformene som oppstår *”Etter rettens syn må det være mulig å kalle en person man kun har pratet med via Internett som en venn, på*

⁶⁶ Eneretten omfatter en hvilken som helst måte hvor med allmennheten for helt eller delvis adgang til å bli kjent med verket.

*samme måte som man må kunne kalle en person man kun har snakket med på telefonen en venn. Nå er det ikke slik at dette ikke skaper problemer med hva som skal kreves av kontakthyppighet m.m, men retten kan ikke se at det forhold alene at man er kjent over Internett skal kunne avises som vennskap”.*⁶⁷

Retten fant det i denne saken bevist at det alt vesentlige materiale som befant seg lagret på tiltaltes pc, var materiale som var beskyttet av åndsverklovens bestemmelser. Retten fant det videre bevist at rettighetshavers samtykke ikke forelå. Retten fant det bevist at tiltalte ga personer tilgang til filene som befant seg lagret på hans pc. Retten kunne ikke se at det forhold som tilsier at det skal gjøres forskjell mellom det å lage lenker eller å gi brukere tilgang til filmmateriale på egen pc. I følge retten må begge handlinger anses som tilgjengeliggjøring.

Jon Bing gir i denne sammenheng uttrykk for at det ikke er spesielt eller tvilsomt at personer som kun kommuniserer ved hjelp av Internett, vil kunne oppnå et tilstrekkelig nært forhold til at de må anses å tilhøre den ”private krets.”⁶⁸

En ren opplastningshandling til et ”åpent nettverk,” vil utvilsomt etter gjelde rett være å anse som tilgjengeliggjøring av verket. Ved en slik handling gjøres verket tilgjengelig for alle brukere av netteverket. I realiteten kan alle med tilgang til Internett få adgang til et ”åpnet nettverk.”⁶⁹

Mer problematisk blir det når en skal avgjøre om opplasterens handling ved opplasting til lukkede nettverk er å anse som tilgjengeliggjøring. I et slikt nettverk vil den opplastende handlingen medfører at verket kun gjøres tilgjengelig for nettverkedes medlemmer.

⁶⁷ Se rettens drøftelse av tiltalepost I a:

⁶⁸ Se Jon Bing, Ansvar for ytringer på nett – særlig om formidlerens ansvar s. 244

⁶⁹ ”Åpnet nettverk” omfatter her også private nettverk som er semi-lukket: private nettverk som betinger pålogging av en eller annen form, men hvor det ikke settes begrensinger på hvem som kan bli medlem.

Utgangspunktet for enhver drøftelse om unntak og rekkevidden av unntaket må være formålet med lovgivningen, herunder spørsmålet om samfunnets behov for utnyttelse av verket tilsier at ordlyden skal tolkes slik at den unntar opplaster for rettslig ansvar for tilgjengeliggjøring kun fordi nettverket er lite og begrenset?

Et naturlig utgangspunkt for å avgjøre om nettverket, herunder nettverkets medlemmer faller inn under opplasters personlige krets er å se på nettverkets størrelse. I et nettverk med et ikke ubetydelig antall medlemmer vil det være innlysende at det ikke kan være personlige relasjoner mellom opplaster og nettverkets medlemmer. Slike nettverk vil naturligvis falle utenfor den private krets og således uten for det private område.

For å avgjøre om en opplastningshandling i små lukkede nettverk er innenfor det private området, betinges det en drøftelse av opplasters personlige relasjoner til nettverkets medlemmer, herunder hva nettverkets formål er.

Et hvert lovbestemt unntak fra rettighetshavers enerett må prøves mot tretrinntesten jf våre folkerettslige forpliktelser. Presumsjonsprinsippet tilsier i denne sammenheng at den presiserende tolkningen av lovens ordlyd skal være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser. Forarbeidene til nasjonal endringslov nevner at det i direktivets forale er presisert at nye digitale utnyttingsmåter kan innebære at tradisjonelt aksepterte unntak vil være for vidtgående i forhold til digital bruk.⁷⁰ Dette på grunn av den økte økonomiske betydning slik digital utnyttelse kan ha i forhold til tidligere analog bruk.⁷¹ Det tilsier at begrepet ”innenfor det private område” i relasjon til fildeling i nettverk bør muligens gis en særlig innskrenkende betydning.

Reelle hensyn taler sterkt i mot at en gruppe av personer med formål om utveksling av opphavrettslig beskyttet materiale skal kunne gruppere seg i små lukkede nettverk og

⁷⁰ Se Ot.prp.nr 46 (2004-2005) om lov om endringer i åndsverkloven m.m, pkt. 3.4.1.2

⁷¹ Se direktivets forale pkt (44).

således kunne falle inn under det som opphavsretten betegner som det ”private området” og på den måten slippe unna rettslig ansvar for ulovlig tilgjengeliggjøring.

Rettskildende gir samlet sett uttrykk for at begrepet tilgjengeliggjøring for allmennheten er en rettslig standard. Det er således ikke mulig å oppstille en generelt gjeldende tolkning av begrepet som presiserer når man er utenfor det private området i åndsverklovens forstand.

Det nevnes at hva angår den opphavsmannens spredningsbeskyttelse gjelder den som utgangspunkt bare ved første gangs spredning jf. konsumpsjonsregelen i åndsverkloven § 19 1. ledd hvor det fremgår: *”Er et eksemplar av et verk solgt med opphavsmannens samtykke, kan eksemplaret spres videre blant allmennheten”*.⁷²

Det konkluderes derfor med at rettskildene gir uttrykk for det etter gjeldende rett må foretas en konkret rettslig vurdering av når spredningshandlingens må anses for å være utenfor det ”private området” og således er en tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten.

Hva angår medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring vises det til avhandlingens pkt. 4.2

4.2 Fildeling i et nettverk – nedlasting

Av åndsverkloven § 12 1. Ledd, som må forstås som en unntaksregel fra hovedregelen om rettighetshavers enerett til å råde over åndsverket, fremgår det at når det ikke skjer i ervervsøyemed kan enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk. Bestemmelsen henviser til åndsverkloven § 8 1. ledd, hvor begrepet offentliggjort er legaldefinert som: *”et åndsverk er offentliggjort når det med samtykke av opphavsmannen er gjort tilgjengelig for allmennheten”*.

⁷² Ole Andreas Rognstad i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, Fragmenter til en lærebok i opphavsrett s.

Av § 12 3. ledd fremgår det at bestemmelsen i første ledd ikke gir rett til å la fremstillingen utføre ved fremmed hjelp når det gjelder: musikkverk, filmverk, skulptur, billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri eller kunstnerisk gjengivelse av andres kunstverk. Funksjonshemmede kan uten hinder av denne bestemmelse la fremstilling av musikk- og filmverk utføre ved fremmed hjelp som ikke medvirker i ervervsøyemed, når dette er nødvendig på grunn av funksjonshemningen.

Dette medførte tidligere en diskusjon om hvorvidt nedlasting av et opphavsbeskyttet verk til privat bruk var i strid med åndsverklovens beskyttelse av opphavsmannen dersom dette skjedde uten fremmed hjelp, herunder diskusjonen om hva som måtte anses som fremmedhjelp og til privat bruk.

Ved lovendringen i 2005 ble det inntatt et nytt 4. ledd i åndsverklovens § 12 som gjør adgangen til kopiering til privat bruk betinget av at det benyttes et lovlig kopieringsgrunnlag. Etter denne lovendringen må altså kopieringsgrunnlaget være fremstilt eller tilgjengeliggjort med hjemmel i lov eller i avtale.

Dette vilkåret vil således medføre at de aller fleste nedlastinger av populær musikk og film som gjøres ved bruk av fildelingsverktøy, ikke er tillatt.⁷³ Det er krav om at denne handlingen skal være forsettlig for å kunne medføre straffeansvar jf. åndsverkloven § 54 2. ledd. Det må således foretas en konkret vurdering av om gjerningspersonen har handlet forsettelig på handlingstidspunktet.⁷⁴

Nedlasting ved bruk av den såkalte BitTorrent-teknologien, medfører som tidligere beskrevet; at en samtidig opplaster deler av filmateriale til andre brukere i "swarmen."

⁷³ Se Ida Otterstad, studentavhandling: En fremstilling av åndsverkloven § 12 siste ledd ved bruk av fildelingsnettverkene Napster, Gnutella og BitTorrent.

⁷⁴ For utfyllende litteratur om fastleggingen av innholdet i skyldbegrepet se, Ståle Eskeland, Strafferett s. 266 flg.

Nedlastinger ved bruk av en slik teknologi medfører at en således i praksis blir å forsterke opplasters tilgjengeliggjøring. I denne sammenheng oppstår det to rettslige spørsmål:

1. Blir man strafferettslig å anse som en medvirker jf. medvirkningsdeliktet i åndsverklovens § 54 3. ledd?
2. Blir man etter erstatningsretten å anse som skadevolder i felleskap med opplaster i forhold til andre brukeres ulovlige nedlasting jf. åndsverkloven § 55 jf. § 54 3. ledd?

1.

For en nærmere presisering av medvirkningsansvaret vises det til Rt. 2005 s. 41 hvor saksøker anførte at nettstedets lenker til musikkfilene innebar en tilgjengeliggjøring for allmennheten jf. åndsverklovens § 2 og § 54 1. ledd bokstav b. Saksøker påstod at siden rettighetshaverne ikke hadde samtykket til utleggingen, var disse lenkene ulovlige. Saksøkte anførte at det er ikke lenken som gjorde verket tilgjengelig for allmennheten, lenken gjorde verket bare mer tilgjengelig.

Subsidiært ble det anført at innehaveren av nettstedet var erstatningsansvarlig for forsettlig å ha medvirket til de lovstridige handlingene som brukeren utførte ved å legge musikken ut på Internett. Vedrørende saksøkeres subsidiære påstand, anførte saksøkte; at forutsatt at lenkene ikke anses som tilgjengeliggjøring, oppstår spørsmålet om innehaveren av nettstedet har medvirket til opplasterens handlinger og dermed er erstatningsansvarlig. Saksøkte anførte i denne sammenheng at det ikke er årsakssammenheng mellom lenkene og det at musikken ble lagt ut. Saksøkte viser til at når de utlagte lenkene ikke innebærer tilgjengeliggjøring etter åndsverkloven, kan de ikke i neste omgang anses som ulovlige og erstatningsbetingende fordi de øker tilgjengeligheten.

Høyesterett avgjorde saken på det subsidiære grunnlaget, medvirkeransvaret, og tok således ikke stilling til om utleggingen av lenkene var å anse som ulovlig tilgjengeliggjøring i åndsverklovens forstand.

Høyesterett var ikke enig i lagmannsrettens vurdering hvor det blir lagt til grunn at opplasterens ulovlige handlinger var å anse som avsluttet i det musikken var lastet opp, og at det dermed ikke var grunnlag for noe medvirkeransvar. Høyesterett mener at straffebestemmelsen i åndsverkloven § 54 bokstav a, retter seg mot det ”å overtre bestemmelser gitt til vern for opphavsretten” overtredelsen bestod her i å gjøre musikken tilgjengelig. Det kan i følge Høyesterett ikke utledes av ordlyden at overtredelsen opphører når selve prosessen er avsluttet, krenkelsen av opphavsretten vedvarer så lenge lenken til musikken forblir liggende på Internett.

Høyesterett viser til at det ikke er noe krav i strafferetten at medvirkningshandlingen isolert sett skal være ulovlig. Lenkene har økt tilgjengeligheten til musikken og således forsterket den ulovlige handling.

Om årsakskravet i forhold til medvirkere uttaler Eskeland: *”Hvis medvirkning er straffbart etter straffebudets tekst, er kanskje den mest nærliggende språklige forståelsen at det ikke kreves årsakssammenheng i betingelsesteoriens forstand mellom medvirkerens handling og følgen. Dette er også gjeldende rett, se f.eks. Rt. 1989 s. 1004 (Hasjseiler-dommen II)”*. (Eskeland 2006)⁷⁵

Det er ikke tvilsomt at nedlasting med samtidig opplasting til andre brukere i ”swarmen” medfører en økt tilgjengelighet av et allerede tilgjengeliggjort verk, noe som igjen tilsier at man etter gjeldende rett kan bli stilt strafferettslig ansvarlig for medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring.⁷⁶

⁷⁵ Ståle Eskeland, Strafferett s.193

⁷⁶ Hvor stor økning handlingen faktisk medfører blir selvsagt et moment i drøftelsen av den medvirkende handlingens straffverdighet.

2.

Erstatningsrettlig står vi her ovenfor et tilfelle av samvirkende skadeårsaker. Etter gjeldende rett faller tilfeller med samarbeidende skadevoldere inn under regelen i lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 § 5-3.⁷⁷

Man kan således bli solidarisk ansvarlig sammen med opplaster for erstatningsbetingende medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring. Hvorvidt lenkingen skal vurderes som en erstatningsbetingende medvirkning, må i følge Høyesterett i Rt. 2005 s. 41, bero på en vurdering av de nærmere omstendigheter. Det må videre trekkes en grense ut fra en generell rettstridsreservasjon. Høyesterett viser til Andenæs s. 154 flg. og nevner i denne sammenheng kort at uttrykket rettstridig ofte kan oversettes med ”utilbørlig”, ”uforsvarlig”, ”lastverdig” eller en likende karakteristikk. Videre i dommen viser Høyesterett til at hovedmannen og medvirker skal bedømmes ut fra sitt eget forhold. Etter gjeldende rett blir medvirkningsansvaret gjeldende så lenge opplaster lar verket forbli tilgjengeliggjort.⁷⁸

4.3 Rettslige sanksjoner

4.3.1 Straff

”Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde.”⁷⁹ Definisjonen er sitert av Høyesterett med tilslutning i Rt.1977 s.1207. Det er i dag en utbredt oppfatning om at tilføyelsen av selve

⁷⁷ Se Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s.313, Lødrup viser til RG 1980 s. 1023, To stykker stjeler her en bil. Den som kjører skader bilen, begge ble ansvarlig for skaden.

⁷⁸ Se Rt. 2005 s. 41 pkt (62), avhandlingens pkt. 3.3.1

⁷⁹ Johs Andenæs, Statsforfatning i Norge, s. 352

ondet, ikke er noe formål i seg selv.⁸⁰ Formålet med straff er å styre borgerens atferd i bestemte retninger, herunder at borgerne skal etterkomme påbud og respektere forbud. Ståle Eskeland fremhever i sin lærebok at straffelovgivningen skal bare ramme straffverdige handlinger, straffene skal ikke være umenneskelige, det skal være et rimelig forhold mellom handlingens straffverdighet og straffen (forholdsmessighetsprinsippet). Like tilfeller skal behandles likt (likhetsprinsippet) og det skal legges vekt på rettsikkerhetshensyn.⁸¹

Etter ansvarslæren er det vanlig å si at fire vilkår, straffbarhetsbetingelsene (objektive og subjektive), må være oppfylt for at straff kan ilegges.⁸²

1. Gjerningspersonen må ha begått en handling som er beskrevet i et straffebud som gjaldt på handlingstidspunktet.
2. Det må ikke foreligge en skreven eller uskreven straffrihetsgrunn.
3. Gjerningspersonen må være strafferettslig tilregnelig.
4. Gjerningspersonen må ha utvist skyld på handlingstidspunktet.

Den klare hovedregel i norsk rett er at den som beveger seg inn på et spesielt aktivitetsområde, plikter å gjøre seg kjent med regelverket som regulerer området.⁸³ Tiltalte i straffesaken om den ulovlige utleggingen av spillefilmen Pitbullterje, hevdet at han først i ettertid ble klar over ulovligheten av sine handlinger. Retten bemerket at hans handlinger ble foretatt på et tidspunkt hvor det straffbare ved tiltaltes handlemåte var godt opplyst gjennom blant annet medias omtale av den såkalte "Naspter-saken". Av den grunn fant ikke retten hans eventuelle rettsvillfarelse som aktsom. Dagens media-bilde

⁸⁰ Ståle Eskeland, Strafferett, s. 38 jf. Andenæs: Alminnelig strafferett s. 67 flg., Ragnar Hauge: Straffens begrunnelser s. 17-21.

⁸¹ Se Ståle Eskeland, Strafferett s. 54

⁸² Se Svein Slettan og Toril Marie Øie, Forbrytelse og straff s. 16 flg.

⁸³ Skyldkravet i relasjon til rettslige forhold. Rettsvillfarelse, se: Ståle Eskeland, Strafferett s. 310 flg.

inneholder jevnlig omtale av den pågående debatten om ulovlig fildeling. Dette medfører at en fildelingspirat høyst sannsynlig ikke vil bli hørt med en påstand om unnskyldelig rettsvillfarelse som frifinnelsesgrunn for eventuelle straffbare overtredelser av åndsverkloven.

Flere brukere av fildelingsprogrammer er barn og ungdom, det understrekes at den kriminelle lavalder i Norge er 15 år jf. straffeloven § 15.

I følge straffebudet i åndsverkloven § 54 1. ledd bokstav a. straffes den som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelser gitt til vern for opphavsretten i eller i medhold av 1. og 2 med bøter eller fengsel inntil 3 måneder. Det samme gjelder bestemmelser gitt i medhold av lovens 5. kapittel, jf. § 54 1. ledd bokstav b. Av 2. ledd fremgår det overtredelse av bestemmelsen i åndsverklovens § 12 4. ledd, gjelder 1. ledd i § 54 likevel bare dersom handlingen er forsettlig. Kravet om forsett omfatter etter hovedregelen i gjeldende strafferett (dekningsprinsippet) alle elementer i straffebudets gjerningsbeskrivelse.⁸⁴ Straffelovgivningen har ingen generell bestemmelse om når medvirkning er straffbart. Det følger av medvirkningstillegget i åndsverkloven § 54 3. ledd at medvirkning til overtredelse som nevnt i 1. og 2. ledd straffes på samme måte.⁸⁵

Det følger videre av åndsverkloven § 54 4. ledd at er overtredelse som nevnt i 1. til 3. ledd, forsettlig, og foreligger det særlig skjerpende forhold, er straffen bøter eller fengsel inntil tre år. Ved vurderingen av om særlig skjerpende forhold foreligger, skal det først og fremst legges vekt på den skade som er påført rettshavere og andre, den vinning som lovovertrederen har hatt og omfanget av overtredelsen for øvrig.

⁸⁴ Se Ot.prp.nr.46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m. s. 158, se Eskeland, Strafferett s. 302 flg.

⁸⁵ Strafferetten sonderer mellom tilfeller av psykisk og fysisk medvirkning. I denne avhandlingens nevnte tilfeller har alle medvirkende handlinger vært av teknisk art (fysisk medvirkning).

Den alminnelige strafferammen for overtredelse av åndsverkloven er fengsel inntil 3 måneder. Med andre ord dreier det seg om forseelser i straffelovgivningens forstand jf. straffeloven § 2. Forsøk på forseelser er som hovedregel ikke straffbart jf. straffeloven § 49. Av åndsverklovens § 54 5. ledd følger det at forsøk på forsettlig overtredelse som nevnt i 1. til 4. ledd kan straffes likt med den fullbyrdete overtredelse.

En ulovlig fildeling er et lovbrudd (en handling) som kan ha forskjellige sider og således kan rammes av flere bestemmelser. I disse tilfellene foreligger det idealkonkurrens og straffebestemmelsene kan benyttes sammen.⁸⁶

Domstolen har ikke ansett det å foreligge såkalte særlige skjerpende forhold jf. åndsverkloven § 54 4. ledd i fildelingssaker som til nå har vært for retten. Rettspraksis ser ut til å forebeholde den strafferettslige reaksjonen, ubetinget fengsel i de tilfeller hvor slike forhold måtte foreligge.

I den foreliggende rettspraksis har gjerningspersonen ikke hatt noe nevneverdig økonomisk utbytte av handlingene. Omfanget av overtredelsen i foreliggende rettspraksis anses å være av relativt begrenset omfang. Domstolen gir videre uttrykk for at ved den samlede bedømmelsen av straff, bør det ses hen til erstatningens størrelse.⁸⁷

Etter gjeldende rett konkluderes det med at den strafferettslige reaksjonen for ulovlig opplasting kan medføre betinget fengsel i inntil 3 måneder, alene eller i kombinasjon med bøtestraff jf. straffeloven § 52. Ren bøtestraff kan videre bli resultatet, dersom handlingen anses å være mindre straffverdige enn handlingene i avhandlingens nevnte rettspraksis. Videre kan den strafferettslige reaksjonen bestå av samfunnstraff dersom vilkårene for dette er tilstede jf. straffeloven § 28.⁸⁸

⁸⁶ Se RG-2005-6127, Se Eskeland, Strafferett s. 229 flg.

⁸⁷ Se LB-2007-69411

⁸⁸ Samfunnstraff, se: Ståle Eskeland, Strafferett s. 385 flg.

Dersom det anses å foreligge særlige skjerpende forhold ved opplastingen kan staffen føre til ubetinget fengsel i opptil 3 år jf. åndsverkloven § 54 4. ledd.

Saker som kun berør ulovlig nedlasting fra fildelingsprogrammer har i skrivende stund ikke vært gjenstand for nasjonal domstolsbehandling. Nedlasting av ulovlig opplastet filmmateriale (ulovlig eksemplarframstilling) anses å være en mindre straffverdig handling enn opplasting (tilgjengeliggjøring) og skal etter det gjeldende strafferettslige forholdsmessighetsprinsippet; føre til en mildere straff enn tilfeller av opplasting.

Det konkluderes med at rene tilfeller av nedlasting vil derfor trolig etter gjeldende rett medføre en strafferettslig reaksjon i form av bot.

I tilfeller hvor egen ulovlig nedlasting samtidig medvirker til økt tilgjengeliggjøring av et materiale som er gjort tilgjengelig for allmennheten uten hjemmel i lov eller avtale, øker handlingens straffverdighet, noe som igjen tilsier at det strafferettslige reaksjonsnivået også skal heves. Handlingen er likevel mindre straffverdig enn hovedmannens ulovlige tilgjengeliggjøring, noe som tilsier at også reaksjonsnivået skal være lavere. Etter gjeldene strafferett kan en medvirker straffes selv om hans medvirkende handling ikke har hatt noe betydning for følgen.

Det konkluderes med at ulovlig nedlasting med medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring medfører etter gjeldene rett trolig bøtestraff, riktig nok av et høyere nivå enn ren nedlasting.

4.3.2 Inndragning

Inndragning er ikke straff.⁸⁹ Inndragning vil si at en med dom kan bli dømt til å gi fra seg økonomiske verdier. Inndragning er likevel et inngrep som etter legalitetsprinsippet krever en klar hjemmel i lov.

⁸⁹ Se Eskeland, Strafferett s. 290 flg.

Av åndsverklovens § 56 fremgår det at alle eksemplarer av åndsverk eller annet arbeid som ulovlig er fremstilt, innført eller gjort tilgjengelig for allmennheten her i riket, kan inndras ved dom til fordel for den fornærmede eller overdras til ham mot vederlag som ikke overstiger fremstillingskostnadene. Av 3. ledd fremgår det at bestemmelsene i denne paragraf ikke kan anvendes overfor den som i god tro har ervervet eksemplarer av verket til privat bruk. Inndragelse av data- eller annet utstyr brukt til en straffbarhandling kan inndras såfremt det finnes påkrevd av hensynet til formålet med den bestemmelsen som setter straff for handlingen jf. straffeloven § 35.

I foreliggende rettspraksis hvor det er påstått inndragning til fordel for statskassen av beslaglagt utstyr brukt til ulovlig fildeling, har retten idømt dette uten særlige bemerkninger. Det konkluderes med at etter gjeldende rett kan utstyr brukt til ulovlig fildeling inndras jf. straffeloven § 35. Ulovlig fremstilte eksemplarer kan inndras til fordel for fornærmede jf. åndsverkloven § 56.

4.3.3 Erstatning

Erstatning er en økonomisk kompensasjon for tap eller skade. Erstatningsreglene følger dels av skadeerstatningsloven, dels av en rekke spesiallover og dels av rettspraksis.

I erstatningsretten skilles det mellom erstatningsplikt i og utenfor kontraktsforhold. Man skiller altså mellom de tilfeller hvor erstatningsplikten utspringer av en kontrakt/avtale mellom skadelidte og skadevolder, og de tilfeller hvor det ikke foreligger noen avtalerettslig binding mellom skadelidte og skadevolder. Reglene om erstatning som har sitt utspring i kontrakt behandles etter rettsreglene om dette i obligasjonsretten, mens reglene om erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold behandles etter de alminnelige reglene i erstatningsretten.⁹⁰

⁹⁰ Se Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s. 28

Erstatning forutsetter at det foreligger et erstatningsgrunnlag.⁹¹ I erstatningsretten er det et vilkår at det foreligger en adekvat årsakssammenheng mellom handling og tap. Et tap som ikke kan måles eller verdsettes i penger, ikke-økonomisk skade, gir med mindre det foreligger særskilt hjemmel for dette, ikke krav på erstatning.

Dersom skaden er forvoldt av flere, flere som plikter å betale erstatning for samme skade, er skadevolderene solidarisk ansvarlige jf. skadeerstatningsloven § 5-3

Det følger av åndsverkloven § 55 at skade som voldes ved overtredelse som nevnt i § 54 kan kreves erstattet etter alminnelige erstatningsregler. Er opphavsmannen eller en utøvende kunstners rett, krenket forsettlig eller grovt uaktsomt, kan retten dessuten tilkjenne ham et pengebeløp som oppreisning for skade av ikke-økonomisk art. Av 2. ledd fremgår det at selv om gjerningsmannen har handlet i god tro, kan den fornærmede uansett skadens størrelse kreve utbetalt nettofortjenesten ved den ulovelige handlingen. Videre fremgår det av 3. ledd at bestemmelsene i denne paragraf ikke kan anvendes overfor den som fremstiller eller medvirker til fremstilling av eksemplarer i strid med bestemmelsen i § 12 4. ledd, med mindre handlingen er forsettlig.

Som målmann for en enstemmig Høyesterett i Rt. 2005 s. 41, viser Dommer Gussgard til åndsverkloven § 55 1. ledd, hvor det kan kreves erstatning etter de alminnelige erstatningsregler for skade som voldes ved overtredelse som nevnt i § 54. Medvirkning er straffbart etter 2. ledd: *”Det er på det rene, og følger av forarbeidene, at erstatning kan kreves selv om det ikke er grunnlag for straffeansvar. De vanlige krav til bevis i*

⁹¹ Erstatningsgrunnlaget kan være betinget av skyld. Den ulovfestede culperegelen om skyldansvaret har som vilkår at skadevolderen har opptrådt forsettlig eller uaktsomt. Etter reglene om det rene objektive ansvaret kan skadevolderen pålegges erstatningsansvar selv om vedkommende ikke er direkte å laste for det inntrufne. Etter obligasjonsretten kan også et kontraktsbrudd medføre at det foreligger et erstatningsgrunnlag.

*erstatningsretten kommer til anvendelse, ikke de strengere krav, både til bevis for de objektive og subjektive forhold som gjelder i strafferetten*⁹².

Ole Andreas Rognstad og Are Stenvik uttrykker i festskrift til Peter Lødrup at man i nasjonal og internasjonal rettslitteratur finner en: *”bemerkelsesverdig enighet om at erstatningene er for lave til å virke preventivt. Oppfatningen er at det ofte lønner seg å gjøre inngrep i andres opphavsrett, patentrett, varemerkerett eller mønsterrett, fordi inngriperen har lite å risikere”* Videre i samme festskriftet gis det uttrykk for at: *”alle immaterialrettslovene har f.eks. bestemmelser om straff, men disse lever en tilbaketrukket tilværelse, og det er neppe realistisk å regne med at de har en synderlig preventiv effekt. Tilbake står man derfor ofte med erstatningsansvaret, som i mange tilfelle vil være den viktigste – og kanskje den eneste – sanksjon med reelt preventivt potensial”* (Rognstad og Stenvik 2002).⁹³

Etter hovedregelen om erstatningsutmålingen i skadeerstatningslovens § 4-1, skal erstatning for tingskade og annen formuesskade dekke den skadelidtes økonomiske tap. Erstatningen skal jf. hovedregelen fastsettes slik at skadelidte kommer i den samme økonomiske stilling som før skaden. Beløpet skadelidte har krav på blir således differansen mellom hans økonomiske stilling før og etter skaden.

Det følger av skadeserstatningsloven § 5-1; at dersom den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har medvirket til skaden ved egen skyld, kan erstatningen settes ned eller falle bort for så vidt en tar hensyn til atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers. Som medvirkning regnes det også når den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden.

⁹² Rt.2005 s. 41 pkt. (59)

⁹³ Se Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup s. 511 flg.

Videre fremgår det av skadeserstatningsloven § 5-2 at: erstatningsansvaret kan lempes når retten under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige. Det samme gjelder når det i særlige tilfelle er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden.

Vederlagsprinsippet

Et spørsmål som ble behandlet i TFRED-2006-177576 ("Pitbullterje") var om gjeldende rett ble korrigert etter "Napsterdommen." Her ble erstatningen utmålt av tingretten ut fra en vurdering av det økonomiske tap. Dette ble gjort selv om det prosedert på erstatningsutmåling etter vederlagsprinsippet. Avgjørelsen ble opprettholdt i Høyesterett, men utmålingen kom her ikke på spissen og ble av den grunn ikke kommentert. Tingretten kunne dermed ikke se at høyesterettsavgjørelsen var relevant ved den rettslige vurderingen av om vederlagsprinsippet er gjeldende rett på immaterialrettens område.⁹⁴

Hva angikk kravet om erstatning la retten til grunn at som festnet rettsoppfatning skal erstatning på immaterialrettens område, utmåles etter vederlagsprinsippet. Selv om det altså ikke kan påvises noe økonomisk tap. Retten uttalte at; av loven selv fremgår det i og for seg ikke noe annet enn at "alminnelige erstatningsregler" gjelder. Retten viste i denne sammenheng til Høyesterettsdommen, Rt.1940. s. 48, "Colldommen" hvor Høyesterett på ulovfestet grunnlag tilkjente vederlagserstatning for krenkelse av opphavsretten. Videre viste retten til Høyesterettsdommen Rt. 1981 s. 1215 (Trollheim) hvor det heter:

"Utgangspunktet må være at den som bruker en annens eiendom med kjennskap til at han ikke har rett til det, må betale vederlag for bruken. (..) Et vederlag for den rettslidige bruk må kunne tilkjennes uavhengig av om eieren er blitt påført noe tap, og da også uavhengig av størrelsen av det tap som måtte være blitt påført. Også et slikt krav må anses som et erstatningskrav."

⁹⁴ Se oppgavens pkt. 3.3.2, TRED-2006-177576

Videre i dommen siteres det fra LG-1994-1903 (AMOCO): *”I følge åndsverklovens § 55 skal erstatning ved krenkelser utmåles etter alminnelige erstatningsregler. Ved anvendelse av disse må det foretas en tilpasning til de forhold som gjøre seg gjeldende ved krenkelser av opphavsrettigheter. Slik lagmannsretten ser det har MultiChoice således krav på at selskapet gjennom erstatningsbeløpet blir stilt økonomisk som om Amoco fortløpende hadde betalt for sin bruk.”*

Retten la til grunn at erstatningen skulle utmåles etter vederlagsprinsippet:

Den ulovlige utlagte filmen hadde noe dårlige kvalitet enn den versjonen som fornærmede, Scanbox Entertainment Norge AS, solgte for 149 kroner pr. nedlasting. Retten satte således skjønnsmessig ned vederlagserstatningen til 40 kroner pr. ulovlig nedlasting som tilgjengeliggjøringen hadde medført. Retten fant grunn til å bemerke at skadelidte har vært kjent med risikoen for ulovlig kopiering og spredning via Internett. Retten viser til at det vanlig å bruke såkalte kopisperrer for å motvirke dette og det kan således stilles spørsmål om skadelidte hadde tatt de nødvendige forholdsregler som situasjonen tilsa (spørsmål om skadelites medvirkning jf. skadeerstatningsloven § 5-1). Retten utalte også at det er uklart i hvor stor grad fornærmede har lidt økonomisk tap. Erstatningen ble videre lempet av hensyn til den erstatningsansvarliges økonomiske bæreevne.

Flere lover på immaterialrettens område som er tilkommet etter åndsverkloven har lovfestet, dette vederlagsprinsippet. Av lov om patenter av 15.12 1967 nr. 9 § 58 1. ledd fremgår det at den som forsettlig eller uaktsomt har begått et patentinngrep, er pliktig til å betale erstatning for utnyttelsen av oppfinnelsen (vederlagsprinsippet) samt erstatning for den ytterlige skade som inngrepet har medført.

Det vises videre til lov om vern av kretsmønstre for integrerte kretser av 15.06 1990 nr. 27 § 6 hvor det fremgår at den som forsettlig eller uaktsomt krenker en annens rett etter denne loven, skal erstatte den skade som krenkelsen har medført for rettighetshaveren, herunder betale et rimelig vederlag for sine handlinger. I forarbeidene til denne lov er det uttalt at: *Departementet har funnet grunn til å presisere at som skadeserstatning skal i disse tilfelle*

*alltid regnes et rimelig vederlag til rettighetshaveren. Dette er i overensstemmelse med hvordan erstatningsregelen i åndsverkloven § 55 tradisjonelt er blitt praktisert. I tillegg har rettighetshaveren krav på erstatning av økonomisk tap etter vanlige erstatningsrettslige prinsipper”.*⁹⁵

De nevnte rettskilder taler for at vederlagsprinsippet er å anse som gjeldene rett ved utmåling av erstatning for krenkelser av opphavsretten. Denne utmålingsregelen medfører at erstatning som rettslig sanksjon har preventive virkninger i langt høyere grad enn erstatning utmålt etter hovedregelen om utmåling ut i fra skadelittes økonomiske tap. Det konkluderes således med at erstatning etter gjeldende rett skal utmåles etter vederlagsprinsippet.

I den pågående fildelingsdebatten gis det uttrykk for at barn og unge utgjør det klare flertall blant brukerne av internettbaserte fildelingstjenester. Av skadeserstatningslovens § 1-1, som omhandler barns erstatningsansvar fremgår det at; barn og ungdom under 18 år plikter å erstatte skade som de volder forsettelig eller uaktsomt, for så vidt det finnes rimelig under hensyn til alder, utvikling, utvist atferd, økonomisk handleevne og forholdene ellers.

Av skadeserstatningsloven § 1-2 1. ledd fremgår det at; foreldre plikter å erstatte skade voldt av barn og ungdom under 18 år, såfremt de har latt det mangle på tilbørlig tilsyn eller på annen måte ikke har gjort det som etter forholdene er rimelig å kreve av dem for å forhindre skadeforvoldelse. Av 2. ledd fremgår det at; uansett egen skyld svarer foreldrene for skade voldt forsettelig eller uaktsomt av deres barn under 18 år som de bor sammen med og har omsorgen for, med inntil 5.000 kroner for hver enkelt skadevolding. Dette medfører at skal foreldre til barn og ungdom under 18 år bli erstatningsansvarlig for mer en 5.000 kroner, må det påvises at foreldrene har opptrådt uaktsomt. I en eventuell sak må altså domstolen ta stilling til om det er uaktsomt at foreldre ikke vet hva deres barn foretar seg på Internett.

⁹⁵ Ot.prp.nr.34 (1989-1990). Om lov om vern av kretsmønstre for integrerte kretser, pkt. 5.1.1 s.18

Det store erstatningsbeløpet for ulovlig fildeling som vi kjenner fra den første erstatningssaken prøvet for amerikansk domstol er til nå uteblitt i norsk rettspraksis. I denne saken ble en 34 år gammel amerikansk alenemor saksøkt for å ha delt 24 enkelt-låter ved bruk av fildelingsprogrammet Kazaa i Gnutella-nettverket. I motsetning til andre nektet hun å godta et tilbud fra saksøker om å betale noen få tusen dollar i erstatning for krenkelsene. Hun ble dømt til å betale 1,23 millioner kroner i erstatning til RIAA (interesseorganisasjonen for amerikanske plateselskaper). Saken er nå anket⁹⁶.

Norges Høyesterett stadfestet i Rt. 2005 s. 41 tingrettens dom hvor tiltalte ble dømt til å betale 100.000 kroner i erstatning til fornærmede for ulovlig lenking til musikk.

Det høyeste beløpet vi kjenner fra nasjonal rettspraksis for ulovlig fildeling av musikk og film, er utmålt vederlagserstatning for 2771 tilfeller av ulovlig fildeling av filmen Pitbullterje. Her ble skadelidte tilkjent 50.000 kroner i erstatning (påstanden lød på hele kroner 330.303,20,-).

Som tidligere beskrevet kan egen ulovlig nedlasting samtidig medføre til at man medvirker til opplasters ulovlige tilgjengeliggjøring. Etter gjeldende rett kan således den skadevoldende handling ved nedlasting av en enkelt låt eller film medføre et betydelig erstatningsansvar utmålt etter vederlagsprinsippet. Etter gjeldende rett må det likevel av hensyn til skadevolder, trekkes en grense mot de ikke-erstatningsmessige følger av en skadevoldende handling. Det er naturlig å utelukke erstatningsplikt i tilfellene hvor handlingen ikke har medført økt risiko for den skade som faktisk inntraff. Det er i så vel norsk som internasjonal rettsorden bred enighet om at det må trekkes en rimelig ramme for skadevolders ansvar, selv om ansvarsgrunnlaget for så vidt er tilstede⁹⁷.

⁹⁶ Se artikkel, Anker millionkrav for fildeling

⁹⁷ Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s. 331

Etter gjeldene rett konkluderes det med at erstatningsbeløpene kan bli langt høyere dersom omfanget av fildelingen er stort eller det ikke foreligger lempingsgrunnlag jf. skadeserstatningsloven § 5-2.

5 VEIEN VIDERE – RETTSPOLITISKE SYNSPUNKTER

5.1 Er underholdningsindustrien virkelig truet av ulovlig fildeling?

Opptakskassetene kom i salg på 80-tallet. Brukerne kunne da gå til anskaffelse av musikk og film ved å kopiere rettighetshaverens produkter, i stedet for å betale for dem. Dette førte selvsagt til en umiddelbar reaksjon i plate- og filmbransjen. Spørsmålene som da ble stilt var i hovedsak: hva måtte gjøres, var dette slutten på underholdningsindustrien, hvordan skulle bransjen nå tjene penger?

Dagens fildelingsdebatt kan tilsynelatende se ut som en reprise av 80-tallets opptakskassettkonflikt i digital form. Underholdningsindustrien klarte seg den gang. Hva er i så fall det nyskapende element i dagens debatt siden underholdningsindustrien igjen hevder at deres inntjeningsgrunnlag er truet? Tidligere var både tid, arbeid og ikke minst besittelse av produktmateriale og opptakskassett påkrevd for å kunne ta en kopi. I dag er elementene av arbeidsinnsats og tid sterkt redusert. Som tidligere beskrevet skjer kopiering i digitalform uten tap av kvalitet underveis. Avhengigheten av å ha fysisk i hende et kopieringsgrunnlag er i dag fjernet.

Tall fra musikkbransjen samlede holdningskampanje Piracy Kills Music⁹⁸ tilser at den ulovlige nedlastingen har økt dramatisk i løpet av de siste årene. Bransjen hevder at det

⁹⁸ Se Piracy Kills Music, <http://www.ggf.no/>

bare i Norge ulovlig lastes ned musikk mellom 8 og 16 milliarder kroner (noe som skal utgjøre et årlig tap for bransjen på minst 200 millioner kroner). Rapporten "Nedlasting av film" tilser at film- og kino bransjen påføres årlig et omsetningstap på 105-210 millioner kroner (noe som tilsvarer mellom 3-7 % av omsetningen).⁹⁹

I dette tallmaterialet er det ikke tatt hensyn til at konkurransen i markedet er blitt større og at dette medfører at prisene presses ned. Nye distribusjonsformer som kutter fordyrende mellomledd er også med på å senke den totale omsetningen. Flere fildelere laster nok ned både film og musikk nærmest som en hobby, nettopp fordi det er gratis. I slike tilfeller der det selve nedlastingen som er formålet og ikke nødvendigvis tilegnelsen av eksemplarer av åndsverk. I andre sammenhenger blir det lastet ned verk som etter en kort "prøveavspilling" ikke faller i smak og blir slettet av nedlaster. Dette kan kanskje sammenlignes med prøvelytting av verk før et eventuelt kjøp i en tradisjonell platebutikk. I en debatt om fildelingens negative virkninger vil det ikke fremstå som riktig å hevde at bransjen lider et økonomisk tap beregnet etter utmålingsregelen for vederlagserstatning ved slik form for ulovlig fildeling. På den annen side vil det fremstå som riktig å ta med like tilfeller i utmålingen av et vederlagskrav for ulovlig fildeling, nettopp for å ivareta vederlagserstatningens preventive virkninger som rettslig sanksjon.

Det er ikke tvilsomt at underholdningsbransjen lider et omsetningstap grunnet ulovlig fildeling selv om det er grunn til å så tvil om bransjens egne fremlagte tall. Enkelte utøvende kunstnere hevder at fildelingen har virket positivt inn på deres karriere. I denne sammenheng hevdes det at bransjen kanskje må tenke nytt i forhold til alternative inntjeningsgrunnlag.

⁹⁹ se artikkelen: Fildelere er mest på kino: Rapporten er utarbeidet av Econ Pöyrysom en kombinasjon av spørreundersøkelse og analyse på vegne av Videobransjens felleskontor i forbindelse med Videofestivalen 2008,

5.2 DRM som virkemiddel mot ulovlig fildeling

DRM - Digital Rights Management, er en samlebetegnelse på tekniske løsninger som er ment å kontrollere bruken, herunder distribusjonen av digitale åndsverk. Ved bruk av ulike programmer sikrer medieindustrien at forbrukerne bruker medie- og underholdningstjenester på en måte som markedsaktørene selv ønsker.

DRM innebærer systemer for distribusjon av digitalt innhold, systemer som henter informasjon om brukeren, og tekniske tilgangsbegrensninger.

Av åndsverkloven § 53 a fremgår det at det er forbudt å selge, leie ut eller på annen måte distribuere, produsere eller innføre for distribusjon til allmennheten, reklamere for salg eller utleie av, besitte for ervervsmessige formål, eller tilby tjenester i tilknytning til; innretninger, produkter eller komponenter som frembys med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller som kun har begrenset ervervsmessig nytte for annet enn slikt formål, eller som i hovedsak er utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse.

Bestemmelsen skal riktignok ikke være til hinder for private brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr jf. lov om opphavsrett til åndsverk § 53 a.

Av forarbeidende til endringsloven fremgår det at det må stilles strenge krav til hva som kan hjemle en lovlig omgåelse, altså hva som kan anses for å være ”relevant avspillingsutstyr.”¹⁰⁰ Kravet må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, sentralt i en slik vurdering vil være hvilke forventninger en forbruker med rimelighet kunne ha til avspilling av eksemplaret. I denne sammenheng nevner departementet i forarbeidene at: *”om bruker f.eks. kjøper en CD-plate, kan ikke bruker ha noen rimelig forventning om å kunne spille denne direkte av i en MP3-spiller som ofte er på størrelse med et armbåndsur, er*

¹⁰⁰ Se Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m pkt. 3.4.1.3

*integrert i mobiltelefonen eller finnes som programvare på datamaskinen. At CD-platen ved kopiering kan konverteres for å muliggjøre avspilling i andre format og i andre avspillere er en annen sak, men i relasjon til bestemmelsen her vil ikke en MP3-spiller være en relevant avspiller for en CD-plate”.*¹⁰¹

Flertallet i stortingskomiteen uttalte at: *”Flertallet har merket seg at departementet mener en MP3-spiller ikke kan være en relevant avspiller for en CD-plate. Flertallet deler ikke dette syn. Flertallet ser at digitale musikkspor innkjøpt til avspilling på en CD klart bør kunne overføres og brukes på en MP3-spiller”.*¹⁰²

Flertallets uttalelse gjaldt her kopiering fra kopibeskyttet cd-plate til avspilling på mp3-spiller. I forhold til fildeling har en således kun lovteksten, direktivet og departementets uttalelse å forholde seg til. Disse rettskildene tilser at omgåelse av kopisperrer med fildelings som formål vil være en straffbarhandling jf. åndsverkloven § 53 a.¹⁰³

Det er flere grunner til at underholdningsindustrien har tatt i bruk DRM-programmer. DRM kan gjøre det mulig at forbrukerne blir tvunget til å bruke kun tilbyderens produkter til avspilling av eksemplaret. En mye omtalt DRM fra det praktiske liv er ”Fairplay” fra selskapet Apple. ”Fairplay” sikrer at Apples Ipod er den eneste mp3-spilleren som kan brukes til å avspille musikk lastet ned fra Apples egen nettbutikk, iTunes Music Store.¹⁰⁴ Forbrukerrådet har klaget nettbutikken iTunes Music Store inn til Forbrukerombudet for brudd på lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16.06.1972 nr. 47. Forbrukerombudet har gitt Forbrukerrådet medhold i at iTunes sin bruk av DRM utgjør et

¹⁰¹ Se Åndsverkloven m.m. Ot.prp.nr.46 (2004-2005) (endringslov) s. 156 flg.

¹⁰² Se Innst.O.nr.103 (2004-2005). Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m. kapittel 2

¹⁰³ Se Olav Torvunds blogg: Dårlige råd fra Forbrukerrådet

¹⁰⁴ Den kjente ”hackeren” Jon Johansen (dvd-Jon) har sammen med flere andre laget programmet, PyMusique. Dette programmet fjerner kopisperren fra det lovlige nedlastede eksemplaret kjøpt på iTunes Music Store.

urimelig avtalevilkår og således er i strid med markedsføringsloven § 9 a.¹⁰⁵ Det er videre urimelig at avtalen som forbrukeren må samtykke i reguleres av engelsk rett. Selskapet fraskriver seg ethvert erstatningsansvar for mulige skader som programvaren kan medføre på forbrukerens utstyr.

Bruk av DRM begrenser etter hensikt, forbrukerens bruksmulighet av eksemplaret. Dette kan som kjent gi utslag i at eksemplaret kun kan avspilles i en type spiller, eller hindre konvertering til andre filformater m.m. Bruken av kopisperren reduserer muligens den tradisjonelle formen for piratkopiering, men har trolig svært liten innvirkning på frekvens og mengde filmmateriale som lastes ned ved bruk av fildelingsverktøy. Det er nok at en forbruker bryter kopisperren og deretter legger ut filmaterialet fritt til nedlastning for andre brukere.¹⁰⁶ Dersom så skjer, må det etter gjeldende rett foretas en drøftelse av om omgåelsen av kopisperren medfører at det foreligger særlige skjerpende forhold jf. åndsverkloven § 54 4. ledd.

Den manglende effekten som virkemiddel mot fildeling og kritikken fra forbrukerorganisasjoner om bransjens missbruk av DRM er nok hovedgrunn til at bransjen nå går bort fra bruken av dette.¹⁰⁷

5.3 Brukernes rettsoppfatning

I forbindelse med et forskningsprosjekt i 2007 ble det gjennomført en brukerundersøkelse i aldersgruppen 13 til 18 år. Undersøkelsen viste at 85,6 % (86 % av guttene og 85,1 % av jentene) hadde lastet ned ulovlig musikk av varierende mengde. Nedlastingsmengden

¹⁰⁵ Se artikkel på forbrukerportalen: iTunes' DRM ulovlig – en seier for forbrukerne

¹⁰⁶ På Internett kan en enkelt finne nedlastbare programmer som kan bryte kopisperren enten hva det dreier seg om cd eller dvd-plate.¹⁰⁶

¹⁰⁷ Se artikkel på forbrukerportalen.no: Kopisperren på vei i graven,

varierte fra 2 til 4 album ukentlig. 54,6 % av de som laster ned musikk ulovlig laster også ned film.¹⁰⁸

I forskningsprosjektets konklusjoner fremgår det at bevisstheten om nedlastingsens rettslige side øker med årene. Tiltross for at de fleste vet at nedlasting av opphavsbeskyttet materiale er ulovlig, gjør de det likevel. Hovedårsaken til ulovlig nedlasting er at det ulovlige tilbudet er lett tilgjengelig og gratis. Brukergruppen opplyser om at de ofte kjøper musikken til favoritt artistene, men laster ned all annen musikk gratis.

Forarbeidene til endring av åndsverkloven viser til en undersøkelse om barn og ungdoms bruk av Internett foretatt i forbindelse med SAFT-prosjektet.¹⁰⁹ Undersøkelsen bekrefter at unge mennesker i stor grad mener at nedlasting av musikk og film fra Internett er akseptabelt.¹¹⁰

Hvorfor kan flertallet av en hel generasjon mene at ulovlig nedlasting er akseptabelt? Har teknologien medført at gjeldende lovverket er kommet i "ubalanse", med andre ord: ivaretar åndsverkloven rettighetshavers interesser i for stor grad, på bekostning av samfunnets behov for utnyttelse av verket? For snart 10 år siden gjorde i realiteten Napster, fildeling mulig for enhver internettbruker. Og siden den tid har fildelingsprogrammene blitt mange, brukervennlige og lett tilgjengelig. Ved bruk av fildelingsverktøy kan man finne nærmest alt av en måtte ønske av film og musikk. Bredbåndstilkoblingen medførte at selv ulovlig deling av film kan skje effektivt, og ikke minst gratis.

I den pågående fildelingsdebatten hevdes det at underholdningsindustrien i stor grad har seg selv å takke for den ulovlige fildelingen, ettersom det ikke har eksistert legale alternativ

¹⁰⁸ Se Holbergprosjekte: Ungdommens nedlastingsvaner og holdninger til ulovlig nedlasting – Du har lyst, men har du lov?

¹⁰⁹ SAFT-prosjektet: (Safety, Awareness, Facts and Tools) et all-europeisk prosjekt med formål om fremme sikker Internett bruk blant barn og ungdom.

¹¹⁰ Ot.prp. nr 46 (2004-2005) Om endringer i åndsverkloven m.m, se pkt. 3.4.1.3

til nedlasting av åndsverk.¹¹¹ Det er i den senere tid kommet legale alternativer, nettbutikker som selger nedlastbare eksemplarer av åndsverk. De nedlastbare verkene koster naturligvis mindre enn de fysiske eksemplarene, men de er fortsatt langt i fra gratis.¹¹² Det er i en debatt om grunnen til ulovlig fildeling nærliggende å hevde at underholdningsindustrien har priset seg ut av markedet. Underholdningsindustrien tilbyr et produkt som ikke fildelerene er villig til å betale det forelangende for. Er da svaret å anse flertallet av en hel en generasjon som kriminelle å bekjempe lovbruddene deres med bruk av rettslige sanksjoner eller finnes det andre alternativ?

Dersom fildeling tillates uten en rimelig kompensasjon vil dette medføre så inngripende endringer i gjelde opphavsrett at verken Norge eller EU kan foreta disse endringene på egen hånd jf. tretrinns testen i Bern-konvensjonen artikkel 9 (2). Med andre ord, opphavsmannens legitime interesser vil på en slik måte bli urimelig tilsidesatt. Hva som eventuelt kan medføre en rimelig tilsidesettelse av opphavsmannens legitime interesser blir en drøftelse av hvor stor vederlagsersättning opphavsmannen skal tilkjennes ved kompensasjon.

Partiet Venstre mener opphavsretten, hva angår åndsverk er gått ut på dato. Partiet mener det bør utvikles en kompensasjonsmodell som gjør det mulig å tillate fri fildeling. De hevder i denne sammenheng; at så vel internasjonalt som nasjonalt regelverk bør endres slik at det kun regulerer og anvendelse og kopiering i kommersiell sammenheng.¹¹³ Krefter i Unge Høyere ser ut til å kjempe samme sak.¹¹⁴

En brukerfinansiert kompensasjonsordning er noe som har blitt diskutert som en løsning på fildelingsproblematikken. Det er foreslått flere ulike modeller for hvordan

¹¹¹ Se Olav Torvunds uttale i artikkelen: Nettpirat i hardt vær,

¹¹² Se eksempelvis www.cdon.com hvor fysisk eksemplar selges for 149 kr og som "download" for 89 kr, på www.film2home.no kan du for 139 kr laste ned et lovlig eksemplar av en spillefilm fra topplisten

¹¹³ Se uttalelse: Slipp kulturen fri!

¹¹⁴ Se Akershus Unge Høyre vil legalisere fildeling!

kompensasjonsordningen skal brukerfinansieres. Det som i hovedsak skiller de foreslåtte modellene fra hverandre, er om "fidelingsavgiften" skal utgjøre en obligatorisk del av brukernes internettabonnement (typisk slik vi kjenner innkrevingen av miljøavgifter) eller om et slikt fidelingsabonnement skal kunne kjøpes særskilt.

Den store fordelen med en obligatorisk fidelingsavgift på et hvert internettabonnement er at man slipper problematikken med gratispassasjerer. Den store og innlysende ulempen med en slik modell for brukerbasert finansiering er at internettbrukere som ikke bedriver fildeling, er gjennom en slik avgift likevel med på finansieringen. Det kan i denne sammenheng hevdes at vårt skattesystem også lider av samme svakhet gjennom det følgende faktum: det er mye man som skattebetaler er med på å finansiere som man som rent personlig aldri kommer til å få noe glede av.

Alternativt til brukerfinansierte kompensasjonsmodeller kan staten anse fildeling som spredning av kultur og besørge en statlig finansiert kompensasjonsmodell lik den innførte ordningen om vederlag for kopiering til privat bruk av offentligjorte åndsverk jf. åndsverkloven § 12 1. ledd.

Fidelingsdebatten har en tendens til å fokusere kun på den private eksemplarframstillingen (nedlasting til privat bruk). For at en nedlasting skal kunne finne sted forutsetter det som sagt at det er et tilgjengeliggjort materiale å laste ned. Innføring av en modell med fri nedlasting mot kompensasjon betinger en endring av gjeldende rett. En endring av åndsverklovens § 12 4. ledd vil eventuelt bare medføre at en nedlasting til privat bruk, blir lovlig selv fra verk som er ulovlig tilgjengeliggjort for allmennheten. Skal hele fidelingsprosessen gjøres lovlig mot kompensasjon, betinges det av at også det gjøres unntak fra rettighetshavers enerett til tilgjengeliggjøring for allmennheten jf. §§ 2,42 og 45.

5.4 Nå skjer det noe?

Politiet henlegger anmeldelser om ulovlig fildeling grunnet kapasitetshensyn og gir på den måten uttrykk for at slike saker ikke blir prioritert.¹¹⁵ Grunnet politiets signaler om nedprioritering av denne type kriminalitet er bransjen reelle mulighet en sivilrettslig forfølgning av den ulovlige fildeling. Underholdningsbransjen har engasjert advokatfirmaet Simonsen til å rettslig ivareta bransjens interesser i tilfeller av ulovlig fildeling. Advokatfirmaet har i media ”raslet med sablene” og klart gitt uttrykk for at nå skal fildelene tas. Om dette kun er et ”pr-stunt”, tomme trusler som kun er ment å skape fokus på debattens rettslige side, gjenstår å se.....

Litteraturliste

- Andenæs, Johs: Alminnelig strafferett, Universitetsforlaget, 5. utgave, Oslo 2004
- Andenæs, Johs: Statsforfatning i Norge, Universitetsforlaget, 3. utgave, Oslo 1962
- Andressen, Kristoffer, Bjarnason Atli Thor, Johannessen, Lars Emil, Lavik, Eirik og Nilesen, Studentavhandling, Glemmen Videregående skole, 2007
- Bing, Jon: Ansvar for ytringer på nett – særlig om formidlerens ansvar, Universitetsforlaget, Oslo 2008
- Eskeland, Ståle: Strafferett, 2.utgave, Cappelen Akademiske Forlag, Oslo 2006
- Gantz, John og Jack B. Rochester, Pirates Of The Digital Millenium., Financial Times Prentice Hall, 2005
- Gisle, Jon, med flere: Jusleksikon, Kunnskapsforlaget, 2. utgave, Oslo 2002.
- Gjesti, Jens Christian, studentavhandling UiO, veileder Olav Torvund, 2003
- Hauge, Ragnar: Straffens begrunnelser, Universitetsforlaget Oslo 1996
- Lødrup, Peter: Lærebok i erstatningsrett, Peter Lødrup 4.utgave, Oslo 1999 ”
- Otterstad, Ida, Studentavhandling UiO, veileder Jon Bing, 2006
- Pouwelse, J.A, P. Garbacki, DHJ Epema og H.J. Sips,

¹¹⁵ Se artikkel: Kripos henlegger fildelingssaker

Rognstad Ole Andreas og Stenvik, Are: Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup, 2002

Rognstad, Ole Andreas i samarbeid med Stuevold Lassen, Birger: Fragmenter til en lærebok i opphavsrett, ”Fondet til å fremme av forskning på privattrettens område”, Stensilserie nr. 165, Oslo 2004

Slettan, Svein og Øie, Toril Marie: Forbrytelse og straff, Universitetsforlaget, Bind I, Oslo 2001

Stuevold Lassen, Birger: Festskrift til Per Stavang, Bergen 1998

Thorkildsen, Rolv André, Studentavhandling UiO, veileder Jon Bing, 2007

Wagle, Anders og Ødegaard, Magnus: Opphavsrett i en digital verden, Oslo 1997.

Artikler:

Akershus Unge Høyre vil legalisere fildeling!: <http://blaatt.com/2008/02/01/akershus-unge-h%C3%B8yre-vil-legalisere-fildeling/>

Anker millionkrav for fildeling: <http://www.nrk.no/musikk/1.3696016>

Avviser gigantkrav mot piratforeldre:

<http://www.dagbladet.no/kultur/2007/01/04/487811.html>

BitTorrent: Piratenes yndlingsverktøy: <http://www.dinside.no/php/art.php?id=108508>

Dere har ingen ting å frykte: <http://www.dagbladet.no/kultur/2006/05/31/467733.html>

Direct Connect – fildeling, Lov&Data nr. 83 September 2005

Dårlige råd fra Forbrukerrådet, <http://blogg.torvund.net/2008/02/20/darlige-rad-fra-forbrukerradet/>

Forbrukerrådet advarer: Ikke skriv under på erklæring fra Simonsen:

<http://forbrukerportalen.no/Artikler/2008/Ikke%20skriv%20under%20pa%20erkl%C3%A6ring%20fra%20Simonsen>

Har du lastet ned denne filmen?: <http://forbruker.no/digital/nyheter/article2332361.ece>

Kopisperren på vei i graven:

http://forbrukerportalen.no/Artikler/2008/Kopisperre_pa_vei_i_graven

Kripos henlegger fildelingssaker:

<http://www.adressa.no/forbruker/digital/article1031590.ece>

Nettleverandørene uønsket som trafikkpoliti,

http://forbrukerportalen.no/Artikler/2008/Nettleverandor_trafikkpoliti

Nettpirat i hardt vær, <http://www.dagsavisen.no/kultur/article278951.ece>

iTunes' DRM ulovlig – en seier for forbrukerne:

http://forbrukerportalen.no/Artikler/2007/itunes_drm_ulovlig_en_seier_for_forbrukerne

Slipp kulturen fri!, <http://www.venstre.no/artikkel/2780/>

Spang-Hansen, Henrik, Peer-to-Peer: Grokster, LoD-2006-085-18

The Pirate Bay Breaks 10 Million Users:

http://www.slyck.com/story1643_The_Pirate_Bay_Breaks_10_Million_Users

The BitTorrent P2P file-sharing System: Measurements and Analysis,

http://iptps05.cs.cornell.edu/PDFs/CameraReady_202.pdf, 2004

